J. rom. m.
268 x

Ihering

Abhandlungen

aus dem

Römischen Recht.

Von

Dr. **Rudolph Ihering,**

Privatdocenten der Rechte an der Universität zu Berlin.

1.

In wie weit muß der, welcher eine Sache zu leisten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben?

2.

Die Consolidation der bonae fidei possessio und der dinglichen Rechte durch die Analogie des Eigenthums.

3.

Die Lehre von der hereditas jacens.

Leipzig,

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1844.

32 – Bg.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Meinem theuern Lehrer und Freunde,

Herrn W. Reuter,

Conrector am Lyceum zu Aurich in Ostfriesland,

in

tiefster Dankbarkeit

gewidmet.

Vorwort.

Civilistische Abhandlungen kleineren Umfanges wandern in der Gegenwart gewöhnlich in unsere juristische Zeitschriften, und auch der Verfasser der vorliegenden würde gern für dieselben diesen vielfach vortheilhafteren Weg der Veröffentlichung gewählt haben, wenn die Aussicht, in der nächsten Zeit mit einer größeren Abhandlung vor dem Publikum erscheinen zu können, eben so groß gewesen wäre, als der Wunsch, sein erstes Auftreten mit einer selbstständigen Schrift nicht zu lange zu verzögern. Da ihm aber zur Befriedigung dieses Wunsches nur kleinere Abhandlungen zu Gebote standen, so beschloß er, dem Beispiel vieler angehender Schriftsteller folgend, einige derselben in einer Sammlung zu ver-

einen. Gezwungen, bei Anlage derselben auf Einheit des Gegenstandes zu verzichten, glaubte er wenigstens um so mehr die Einheit der Tendenz festhalten zu müssen.

Die Tendenz nun, die den aufgenommenen Abhandlungen zu Grunde liegt, besteht weniger darin, die Theorie des römischen Rechts, soweit sie von den römischen Juristen selbst ausgebildet war, darzustellen und sich damit zu begnügen, als über dieselbe hinauszugehen und Consequenzen zu ziehen, die sie nicht gezogen, oder die bei ihnen mehr als das unmittelbare Ergebniß des juristischen Taktes, also als Postulate erscheinen, denn als Resultate einer mühsam vermittelnden Deduction. Die Aufgabe des Verfassers bestand also theils darin, für die einzelnen Punkte, die die römischen Juristen, unbekümmert um ihren Zusammenhang, uns bezeichnet haben, die Verbindungslinie aufzufinden, — dies ist der Zweck der ersten Abhandlung — theils darin, den Faden der Entwicklung da aufzunehmen, wo er mit ihnen abreißt, also einen Rechtsbegriff, der unter ihren Händen die ihm zukommende Ausbildung nicht erhalten hat, zu vervollständigen, sei es aus seiner ihm an sich schon innewohnenden Consequenz, wie dies in der dritten Abhandlung versucht ist, sei es aus der Richtung,

die er erst später dadurch erhielt, daß die römischen Juristen andere Rechtssätze auf ihn ausdehnten. Wenn dieser Verjüngungsproceß unterbrochen wurde, weil der Beginn desselben in die späteren Zeiten der römischen Jurisprudenz fiel und letztere vor der Beendigung des angefangenen Werks abgerufen ward, dann ist es das Recht und die Aufgabe der heutigen Rechtswissenschaft, das mitten in seinem Uebergange erstarrte Institut von der Fessel des Buchstabens zu befreien und ihm die Ausbildung zu geben, die es bei den Römern zwar nicht völlig erreicht, wohl aber in Anspruch genommen und wenigstens näherungsweise erlangt hat. Von diesem Rechte hat der Verfasser in der zweiten, theilweise auch in der dritten Abhandlung Gebrauch gemacht; ob den richtigen, ist eine Frage, deren Beantwortung er nicht ohne Besorgniß entgegen sieht.

Bei der Entfernung des Verfassers vom Druckort haben sich leider einige im angehängten Verzeichniß angegebene Druckfehler eingeschlichen, die der Leser ersucht wird im voraus zu berichtigen.

Berlin, 4. Juli 1844.

Inhaltsanzeige.

Erste Abhandlung.

Seite

In wie weit muß der, welcher eine Sache zu leisten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben? . . . . . . 1—86

I. Einleitung. 3

II. Lucrum rei — Accession — Früchte, Schatz, Accrescenz — Causa, occasio lucri 6

III. Mitwirkung des Eigenthümers — Erwerb durch Sklaven — Klagen aus unerlaubten Handlungen Dritter . . . 21

IV. Lucrum propter negotiationem perceptum 58

Zweite Abhandlung.

Die Consolidation der bonae fidei possessio und der jura in re aliena durch die Analogie des Eigenthums . . . . 87—146

I. Der Parallelismus zwischen dem wirklichen und putativen Eigenthum 91

II. Die Analogie des Eigenthums bei den jura in re aliena . 121

Dritte Abhandlung.

Die Lehre von der hereditas jacens . . . . 147—262

I. Standpunkt der Betrachtung 149

II. Die Herrenlosigkeit der erbschaftlichen Güter 158

III. Die rückwirkende Kraft der Antretung der Erbschaft. . 167

IV. Die hereditas jacens als Repräsentantin des Erblassers. Historische Entwicklung 185

V. Die exclusive Gültigkeit der neuern Fiction 211

VI. Dogmatische Bestimmung der neueren Fiction. . . . 224

VII. Besitzverhältnisse während der hereditas jacens . . . 247

Erste Abhandlung.

In wie weit muß der, welcher eine Sache zu leisten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben?

In wie weit muß der, welcher eine Sache zu leisten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben?

I.

Es ist eine bekannte Regel des römischen Rechts: cujus est periculum, ejus et commodum esse debet [1]), oder wie Paulus in l. 10. de R. J. (50. 17.) sich ausdrückt: secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda. Diese Regel erscheint auf den ersten Anblick so palpabel, daß man, wie der Anwendung derselben die Schwierigkeit, so einer theoretischen Ausführung derselben das Interesse absprechen könnte — ein Umstand, dem wir es wohl zuzuschreiben haben, daß selbst in den ausführlichen Darstellungen des römischen Rechts eine weitere Erörterung derselben vermißt wird, ungeachtet ihr doch das Moment, das über das litterärische Schicksal so mancher civilistischen Frage entschieden hat — ein eigener Titel in unsern Rechtsquellen — günstig zur Seite stand, indem bekanntlich in den Pandecten [2], sowohl wie im Codex [3]) ein eigener Titel de periculo et commodo rei venditae handelt. Bei den Exegeten findet man unter diesem Titel kaum etwas anderes, als eine Anwendung der obigen Regel auf die Natural- und Civil-Früchte, die Al-

---

1) §. 3. I. de emt. (3. 24.) l. 7. de periculo et comm. (18. 6.) l. 1. Cod. ibid. (4. 48.)

2) Lib. XVIII. tit. 6. 3) Lib. IV. tit. 48.

luvion, den Schatz und eine ungenügende Erörterung über die Cession der Klagen, welche dem Verkäufer durch Beschädigung oder Entwendung der verkauften Sache zu Theil geworden sind. Einzelne Fragen sind hin und wieder auch in neuerer Zeit behandelt [1]), allein eine zusammenfassende Darstellung ist meines Wissens noch nicht versucht.

Daß aber die obige Regel in der That nur scheinbar leicht ist, möge vorläufig an folgenden Beispielen gezeigt werden. Wenn der Verkäufer die verkaufte Sache noch einmal verkauft, und dieselbe darauf durch casus untergeht, so braucht er dem Käufer den durch den zweiten Verkauf gemachten Gewinn nicht herauszugeben [2]). Hingegen, wenn Jemand eine mir legirte Sache in der Meinung, daß sie ihm vermacht sei, verkauft hat, und die Sache darauf untergegangen ist, so soll er mir den Gewinn herausgeben [3]) und zwar wie Julian in l. 23. de Reb. Cred. sagt: quasi ex re mea locupletior sit. Dasselbe soll gelten, wenn der Verkäufer einer Erbschaft eine einzelne Sache daraus veräußert [4]). Während nach §. 3. I. de emtione (3. 24.) der Verkäufer dem Käufer die actio furti cediren soll, sagt l. 21 de her. vend.: et si vi dejectus vel propter furti actionem duplum abstulero, nihil hoc ad emptorem pertinebit, und ebenso braucht nach l. ult. §. 3. Cod. de furto (6. 2.) der Commodatar das, was er durch Anstellung der actio furti bekommen hat, dem Commodanten nicht herauszugeben. Aus unserer Regel lassen sich diese Verschiedenheiten nicht erklären; daß sie aber nicht in einer Inconsequenz der römischen Juristen ihren Grund haben, kann schon die citirte l. 21. de her. vend. zeigen, in der Paulus einige derselben zur Sprache bringt und sie auf ein Princip zurückzuführen sucht. Paulus unterscheidet hier nämlich zwischen dem

1) Ich verweise dieserhalb auf die Darstellung selbst.
2) L. 21. de her. vend. (18. 4.)
3) L. 23. de R. Cred. (12. 1.)
4) L. 21. cit. de her. vend. (18. 4.)

Gewinn, der ex re und dem, der propter negotiationem percipitur — ein Gegensatz, der in andern Stellen [1]) auch durch corpus, bona gegenüber der administratio, nova causa, obligatio bezeichnet wird, dem man also nach dieser Bezeichnung den Sinn unterlegen müßte, daß alles darauf ankäme, ob ein Gewinn durch oder ohne ein Rechtsgeschäft gemacht sei. Wenn nun Paulus sagt, daß der, welcher die Sache zu leisten hat, den mit ihr vermittelst eines Rechtsgeschäftes gemachten Gewinn nicht herauszugeben braucht, so wird es schwer, an die allgemeine Anwendbarkeit dieser Regel zu glauben, soviel auch eine spitzfindige Argumentation aus allgemeinen Gründen zu ihrer Rechtfertigung sagen könnte. Es ließe sich nämlich diese Regel so deduciren: wer von einem andern nur die Sache, nicht eine positive Thätigkeit desselben in Anspruch nehmen kann, hat auf den von letzterm durch eine positive Thätigkeit mit der Sache erzielten Gewinn kein Recht, denn letzterer ist ja das Product, wenn auch nicht dieses Factors allein, so doch der Sache und der Thätigkeit, auf letztere aber hat er ja keinen Anspruch. Daß aber Paulus nicht aus diesem Grunde seine Regel aufgestellt hat, braucht kaum gesagt zu werden. Die Eingehung eines Rechtsgeschäftes erfordert ja gewöhnlich keine besondere Kraftanstrengung, sondern oft nur eine einfache Willenserklärung; würde nun letztere unter den Gesichtspunkt einer positiven Thätigkeit gebracht, so müßte dasselbe auch z. B. von dem Befehl gelten, den der Herr dem verkauften Sklaven zur Antretung einer Erbschaft gibt, während wir doch wissen, daß dieser Gewinn dem Käufer herausgegeben werden muß [2]). So entschieden unrichtig nun eine solche Deduction der von Paulus aufgestellten Regel sein würde, so wenig anwendbar scheint auch die Regel selbst zu sein.

---

1) L. 121. de V. S. (50. 16.) l. 3. pr. ad leg. Falc. (35. 2.) S. auch l. 50. §. 3. i. f. de peculio (15. 1.) . . . magis propter rem meam, quam ex re mea pecunia daretur.

2) L. 13. §. 18. de act. emti (19. 1.).

Es brauchte nach ihr ja z. B. der Verkäufer, der Beklagte bei der Reivindicatio den gezogenen Miethzins nicht herauszugeben, während doch das Gegentheil gilt [1]. Weshalb kann nun denn der Verkäufer das, was er aus einem zweiten Verkauf lucrirt hat, behalten, während er hinsichtlich des durch Vermiethung der Sache Gewonnenen schlechter gestellt ist? oder weshalb kann ich die mit fremdem Gelde gemachten Zinsen behalten [2], da sie doch ebenso wie die Miethzinsen vicem fructuum obtinent [3]) und da beide doch von Papinian in l. 62. pr. de R. V. (6. 1.) sich darin gleich gestellt werden: quod non natura perveniunt, sed jure percipiuntur, d. h. durch eine negotiatio vermittelt werden?

Diese Widersprüche sind jedoch nur scheinbar, sie erledigen sich durch die Bemerkung, daß Paulus nicht behauptet: es brauche ein lucrum propter negotiationem perceptum überall nicht herausgegeben zu werden, sondern, daß er sagt, es könne dieses lucrum da nicht verlangt werden, wo die Verpflichtung auf die res gehe. Welcher Gewinn muß nun im letztern Falle mit herausgegeben werden oder welcher ist als lucrum rei zu betrachten? Es soll diese Frage jetzt beantwortet werden. Der Kürze wegen werde ich für diese Art des Gewinnes den Ausdruck lucrum rei oder lucrum ex re beibehalten, obgleich diese Bezeichnung nicht quellenmäßig ist.

II.

Lucrum rei. — Accession. — Früchte, Schatz, Accrescenz. — Causa, occasio lucri.

Die einfachste Art eines solchen Gewinnes — die Vergrößerung der Sache durch Accession, Alluvion u. s. w. — bedarf keiner weitern Erörterung. Ohne Thätigkeit des Be-

1) L. 13. §. 13. de act. emti.
2) L. 67. §. 1. pro socio (17. 2.) l. 10. §. 8. Mandati (17. 1.)
3) L. 34. 36. de usuris (22. 1.)

sitzers erwirbt sich die Sache selbst den Zuwachs durch eigene Kraft; es muß also derselbe immer [1]) mit der Sache restituirt werden [2]). Dasselbe gilt von den Früchten und dem partus ancillae [3]); beide sind ja aus der Sache selbst hervorgegangen. Dagegen braucht der Besitzer das auf dem verkauften oder aus einem andern Grunde herauszugebenden Grundstücke geschossene Wild nicht herauszugeben [4]); der Besitz des Grundstückes giebt ihm zwar die Gelegenheit zur Erbeutung, allein den Besitz und das Eigenthum des Wildes erhält er erst durch seine eigene Thätigkeit. Es macht jedoch die l. 26 de usuris für den Fall eine Ausnahme: si fructus fundi ex venatione constet, d. h. wenn die Bestimmung des Grundstücks in der Jagd bestand, denn dann ist die wirkliche Ausübung der Jagd nichts Zufälliges, sondern durch die Beschaffenheit der Sache selbst gegeben. Es bedarf kaum der Bemerkung, daß auch in diesem Falle nicht das Wild selbst, sondern die Jagd der fructus fundi ist, daß also die aestimatio venationis, nicht aber die des geschossenen Wildes gegeben werden müßte (venationem fructus fundi esse.).

Wenn aber die Sache blos zufällig die Gelegenheit zur

1) Eine Ausnahme macht auch nicht leg. §. 4. de usu fructu (7. 1.) Sed si insula juxta fundum in flumine nata sit, ejus usum fructum ad fructuarium non pertinere etc. Denn der Usufructuar hat ja nur Anspruch auf die Früchte, deswegen bekommt er ja auch nicht den Schatz und den partus ancillae. Die Alluvion kömmt ihm allerdings zu Gute, allein nur deswegen, weil der anwachsende Theil ein Theil der Hauptsache wird, dagegen ist die insula in flumine nata nach leg. cit. velut proprius fundus. Vom Pächter muß natürlich dasselbe gelten.

2) §. 3. I. de emt. (3. 24.) l. 34. de R. V. (6. 1.) l. 7. pr. de periculo et comm. (18. 6.) l. 16. pr. de pign. (20. 1.) l. 10. §. 1. de jure dot. (23. 3.) l. 16. de leg. III. (32.)

3) L. 38. de usuris (22. 1.) l. 15. pr. de cond. indeb. (12. 6.) l. 4. §. 1. de usuris.

4) L. 26. de usuris: venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet.

Occupation darbietet, so braucht der durch Occupation gemachte Gewinn nicht herausgegeben zu werden, denn der Erwerb desselben stützt sich ja auf die Thätigkeit des Besitzers, und das Eigenthum der Sache ist keine Voraussetzung desselben. Eine besondere Hervorhebung verdient nur die Frage: ob mit der Sache auch der darin gefundene Schatz restituirt werden muß. Es ist diese Frage sehr bestritten [1]. Eine Partei spricht den ganzen Schatz dem Verkäufer, eine andere dem Käufer zu — beides aus sehr schwachen Gründen. Man muß vielmehr mit einer dritten Partei die Hälfte des Schatzes dem Verkäufer, die Hälfte dem Käufer zusprechen [2]. Denn wenn Jemand auf einem fremden Grundstücke einen Schatz findet, so wird bekanntlich derselbe zwischen ihm und dem Eigenthümer des Grundstückes getheilt [3]. Wenn nun der Verkäufer auf dem verkauften Grundstücke einen Schatz findet, so hat er die eine Hälfte jure inventoris, die andere jure domini. Auf jene würde er aber auch dann Anspruch haben, wenn er das Grundstück bereits dem Käufer tradirt hätte, folglich darf er sie auch jetzt behalten; die andere Hälfte aber muß er dem Käufer herausgeben, denn sie verdankt er lediglich seinem Eigenthume, er würde sie ja auch fordern dürfen, wenn nicht er, sondern ein Dritter den Schatz gefunden hätte. Ebenso müßte er dem Käufer den ganzen Schatz herausgeben, wenn der Finder durch absichtliches Nachsuchen seinen Theil verwirkt hätte, denn diesen Theil würde der Verkäufer jure domini bekommen [4]; alles

1) Glück Erläuterung der Pandecten B. 17. S. 190—193.

2) Man hat bisher eine ganz entscheidende Stelle, die l. 7. §. 12. Sol. matr. (24. 3.) übersehen. Hier heißt es für den Fall, daß der Mann im Dotalgrundstück einen Schatz gefunden hat: pars ejus dimidia restituetur quasi in alieno inventi. Doch bedarf es dieser äußeren Bestätigung nicht einmal. S. auch l. 63. §. 4. de A. R. D. (41. 1.) . . . . dimidiam inventori semper placet relinqui,

3) §. 39. I. de R. D. (2. 1.) l. un. Cod. de thesauris. (10. 15.)

4) L. un. Cod. de thesauris. (10. 15.) . . . totum hoc locorum domino reddere compellatur.

aber, was er ohne sein Zuthun blos darum gewinnt, weil er Eigenthümer ist, dessen Erwerb also für ihn ganz necessär ist, muß er dem Käufer restituiren.

Dasselbe, was von der körperlichen Accession gilt, muß auch von der juristischen gelten, d. h. von dem Falle, wo sich das Eigenthum ohne Zuthun des Eigenthümers erweitert, sei es durch das Hinwegfallen von Beschränkungen, z. B. des usus fructus, der habitatio, oder beim Miteigenthum und in einigen andern gleich mitzutheilenden Fällen durch Accrescenz. Daß in jenem Falle der Untergang der Servituten dem Käufer, oder dem, der die Sache fordern kann, zu Gute kommt, bedarf keiner Bemerkung [1]; Paulus stellt in der in der Note citirten l. 4. de jure dotium diesen Fall dem der Accession gleich, und in der citirten l. 18. pr. de peric. et comm. heißt es ausdrücklich, daß der Käufer dem Verkäufer jenen Vortheil nicht zu vergüten habe. Allein in dem zweiten Falle, den ich der Kürze wegen als den der Accrescenz bezeichnet habe, hat man wenigstens bei einer Frage die Gleichheit der juristischen Accession mit der naturalen außer Acht gelassen, nämlich bei der Frage: ob der Erbe, welcher seinen Erbtheil in Folge eines Fideicommisses oder eines Verkaufs von seiner Seite herauszugeben hat, auch den ihm accrescirenden Theil seiner Miterben restituiren muß. Da wir für diese Frage keine ausdrückliche Quellenzeugnisse haben, so will ich einen andern Fall vorausschicken, in dem die Gesetze die Gleichheit der juristischen und natürlichen Accession unwidersprechlich anerkannt haben. Es ist dies folgender Fall. Wenn ein Miteigenthümer

---

1) L. 4. de jur. dot. (23. 3.) Si proprietati nudae in dotem datae usus fructus accesserit, incrementum videtur dotis, non alia dos, quem ad modum, si quid alluvione accesserit. l. 18. pr. de periculo et comm. (18. 6.) Habitationem oneribus morte libertorum finitis, emptor domus ob eam causam venditori non tenetur, si nihil aliud convenit, quam ut habitationes secundum defuncti voluntatem super pretium libertis praestarentur.

seinen Antheil an einer gemeinschaftlichen Sache verkauft hat und er dann, mit der actio communi dividundo belangt, durch adjudicatio Herr der ganzen Sache geworden ist, so kann der Käufer auch den adjudicirten Theil verlangen — natürlich gegen Ersatz dessen, worauf der Verkäufer dem klagenden Miteigenthümer condemnirt ist[1]. Dasselbe[2]) gilt, wenn das Miteigenthum in dotem gegeben oder verpfändet war, und der Ehemann oder der Pfandgläubiger durch adjudicatio Herr des Ganzen geworden ist, oder wenn der Richter jedem der Miteigenthümer ein bestimmtes Stück an der unbeweglichen Sache zugesprochen hat. Der neuerworbene Theil stützt sich auf eine Rechtsnothwendigkeit. In dem Miteigenthum liegt die Verpflichtung zur Theilung oder sich auf die act. comm. dividundo einzulassen, in dieser Klage aber liegt wieder das Recht des Richters zur adjudicatio. Die erfolgte adjudicatio ist also etwas, was aus der Sache selbst hervorgeht und eine Willensthätigkeit des mit jener Klage belangten[3]) Miteigenthümers ebensowenig voraussetzt, als der Erwerb durch Alluvion. So wie nun dieser in dem verkauften Objecte liegenden Nothwen-

---

1) L. 7. §. 13. Comm. div. (10. 3.) „. . . haec pars beneficio alterius venditori accessit.“ l. 13. §. 17. de act. emti (19. 1.).

2) L. 78. §. 4. de jure dot. (23. 3.) . . . Divortio autem facto sequetur restitutionem, propter quam ad maritum pervenit, etiam altera portio scilicet ut recipiat tantum pretii nomine a muliere, quantum dedit ex condemnatione socio, nec audiri debet alter uter eam aequitatem recusans. l. 7. §. 13. cit. Comm. divid. (10. 3.)

3) Wenn er aber selbst die act. comm. div. anstellt, so braucht sich der Käufer den Erfolg jener Klage nicht gefallen zu lassen, denn die Anstellung jener Klage hing ja von dem Willen des Verkäufers ab, sie ist eine Veräußerung. Deswegen gelten dieselben Beschränkungen, die von der Veräußerung der Mündelgüter gelten, auch hinsichtlich der Anstellung dieser Klage l. 1. §. 2. i. I. de rebus eor. (27. 9.) während sie hinwegfallen, wenn der Pupill belangt wird. C. 17. Cod. de praed. (5. 71.)

digkeit wegen der Verkäufer den Käufer zur Annahme des Ganzen zwingen kann,

...Quin immo etiam ex vendito posse conveniri emptorem, ut recipiat totum. l. 7. §. 13. Comm. div.

ebenso kann auch umgekehrt der Käufer die Herausgabe des Ganzen verlangen. Dasselbe muß natürlich auch in den übrigen judiciis divisoriis gelten.

Wenn nun in diesen Fällen der Verkäufer oder überhaupt der, welcher seinen Theil an einer gemeinsamen Sache einem Dritten herauszugeben hat [1]), den Theil nicht für sich behalten kann, der „beneficio alterius venditori accessit," so begreift man nicht, weshalb der Erbe, der seinen Erbtheil vermöge Verkaufs oder Fideicommisses abtreten muß, den Erbtheil, der ihm, sei es vor oder nach der Restitution des seinigen accrescirt ist, für sich behalten soll. Dennoch aber zählt diese Meinung namhafte Vertheidiger [2]), freilich aber sind die Gründe nicht so bedeutend, namentlich ist die Argumentation von Glück, der sie neuerdings am ausführlichsten vertheidigt

---

1) Wenn ich im Folgenden nur den Verkäufer nenne, so verstehe ich, wo nicht das Gegentheil gesagt ist, darunter jeden, der zur Herausgabe einer Sache verpflichtet ist.

2) Die ältere Litteratur findet man bei Walch Introd. in contr. juris civil. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Subs. 1. §. 7. und Glück Erläuterung der Pandecten B. 16. S. 341—367, die beide dieser Ansicht beistimmen. Beide und manche der von ihnen citirten Schriftsteller sprechen zwar zunächst nur von dem Fall des Verkaufs, allein was von diesem Falle gilt, muß auch von der fideicommissarischen Restitution gelten; nur Mühlenbruch (Pandecten §. 710. Note 5 und §. 763. Note 22) ist für jenen Fall der im Text vertheidigten Ansicht, für diesen aber der entgegengesetzten. — Die neueste Litteratur über diese Controverse findet man bei v. Vangerow Leitfaden B. II. Buch IV. §. 494. Anm. Nr. 5 und 6, der die im Text vertheidigte Ansicht hat. Als neueste Gegner derselben sind noch nachzutragen Göschen Vorlesungen Buch V. p. 433, 434 und p. 658. Nr. 3 und Mayer die Lehre vom Erbrecht. B. I. § 129. Note 6.

hat, höchst schwach und stellenweise ganz unjuristisch. Der beste Grund ist für den Fall des Verkaufs immer noch der, daß man sagt, man könne nicht annehmen, daß die Parteien an den Fall der Accrescenz gedacht hätten, nach einer bekannten Interpretationsregel müsse man aber, wenn der Wille der Parteien nicht erhelle, das Minimum annehmen. Allein durch eine solche Taktik, wodurch man den scheinbar unbilligen Consequenzen gesetzlicher Principien dadurch auszuweichen sucht, daß man die Muthmaßung hinstellt, die Parteien oder wenigstens eine derselben würden selbst jene Consequenzen bei dem Abschluß des Vertrages ausgeschlossen haben, wenn sie dieselben nur gekannt oder an sie gedacht hätten — durch eine solche Taktik, sage ich, würde man eine Unzahl von Rechtssätzen über den Haufen werfen können, man denke nur an das Accrescenz-Recht selbst und an mehre der Rechtssätze, die im bisherigen vorgekommen sind, z. B. daß der Verkäufer berechtigt und verpflichtet ist, neben dem verkauften Theil einer Sache dem Käufer auch den adjudicirten Theil mit herauszugeben. Schwerlich werden die Parteien an die Möglichkeit der Adjudication gedacht haben; mit den Gegnern könnte man also auch hier sagen: non apparet, quod actum est, und demgemäß das Minimum der Verpflichtung annehmen. Das Unrichtige dieses Verfahrens liegt darin, daß man das Subsidiar-Recht [1]) auf den Willen der Parteien zurückzuführen sucht und nicht bedenkt, daß jenes Recht zwar durch den in concreto entgegenstehenden Willen der Contrahenten oder Disponenten ausgeschlossen werden kann, nicht aber zu seiner Anwendbarkeit die Uebereinstimmung mit der muthmaßlichen Absicht der Parteien erfordert. An den Gesetzgeber kann man die Anforderung stellen, daß er das Subsidiar-Gesetz der Sitte des rechtlichen Verkehrs oder der muthmaßlichen Autonomie der Privaten anpasse, allein dem Juristen diese Norm aufzulegen, hieße ihm das einzige Mittel, durch das er über den

1) Jus, quod pactis privatorum mutari potest.

Buchstaben oder über die Lücken des Gesetzes hinauskommen kann — die Consequenz in der Fortbildung des positiven Stoffs — rauben und ihm in der Wahrscheinlichkeits = Rechnung: was wohl die Parteien bestimmt haben würden, wenn sie bei „der Ausübung ihres Autonomie = Rechts auf alle Eventualitäten Bedacht genommen hätten" einen Leitfaden zu geben, der ihn mitunter zu dem erstrebten Ziele, in den meisten Fällen aber zu gar keinem führt. Die Richtigkeit dieser Bemerkung wird auch von denen nicht geläugnet werden, welche für unsere vorliegende Frage: „ob der Erbe den ihm durch Accrescenz zu Theil gewordenen Erbtheil herausgeben muß" die Consequenzen gesetzlicher Principien mit dem hypothetischen Willen der Erben aus dem Felde zu schlagen gedenken; und wenn sie dennoch sich diesen Fehler zu Schulden kommen lassen, so kann das Motiv wohl nur in ihrem Mitleiden mit den Erben zu suchen sein. Man stellt es sich als sehr hart vor, daß der Erbe den durch Accrescenz gewonnenen Theil herausgeben soll; allein so sehr eine solche Annahme in den meisten Fällen im Interesse des Erben liegen wird, so sehr kann sie doch mitunter seinem Interesse zuwider laufen. Man setze z. B. den Fall, daß sich erst nach der Restitution seines Erbtheils an den Fideicommissar oder Käufer die Insolvenz der Erbschaft gezeigt habe, und daß ihm die übrigen Erbtheile accresciren. Würde man es hier denn der Billigkeit oder muthmaßlichen Absicht des Erben gemäß finden, daß er, der sich von den gefährlichen Folgen der Erbantretung durch die Restitution oder den Verkauf seines Erbtheils befreit zu haben glaubt, dennoch der Gefahr des Accrescenzrechts nach wie vor ausgesetzt sein soll? Will man ihm etwa hier das Recht absprechen, das im oben angeführten Falle der adjudicatio dem Verkäufer zusteht: quin immo etiam ex vendito posse conveniri emptorem, ut recipiat totum, l. 7. §. 13. Comm. div. (10. 3.)? Allein, wie ich schon gesagt habe, mit Muthmaßungen und Wahrscheinlichkeiten kann man hier nichts machen; häufig wird der Erbe gar nicht einmal an den Fall der Accrescenz gedacht haben.

Wir müssen hier vielmehr so sagen: In dem Rechte auf den Theil einer Sache liegt schon der Keim zu einem Rechte auf das Ganze, bei einer körperlichen Sache durch die Möglichkeit der act. communi dividundo und der adjudicatio, bei der hereditas durch das Accrescenz-Recht. Wer nun einen Theil erworben hat, setzt sich damit der Möglichkeit aus, Herr des Ganzen zu werden, und wer seinen Theil wieder verkauft hat, überträgt damit auch diese Möglichkeit auf den Käufer, möge er nun den Theil tradirt haben oder nicht; denn mit Abschluß des Kaufs geht das periculum auf den Käufer über. Ob nun der Verkäufer oder der Käufer an den Eintritt jener Möglichkeit gedacht haben oder nicht, ob sie, wenn sie daran gedacht hätten, möglicherweise etwas anders bestimmt haben würden, ist ganz gleichgültig. Hat der Verkäufer im judicium communi dividundo seinen Theil gegen Entschädigung verloren oder hat er das Ganze gegen bestimmte Verpflichtungen erhalten — in beiden Fällen kann er vom Käufer die Annahme, letzterer aber von ihm die Herausgabe des Erhaltenen verlangen. Weshalb soll denn nun etwas anderes gelten, wenn das Object der Restitution ein Erbschaftstheil ist? Paßt hier nicht hinsichtlich des accrescirenden Theils dasselbe, was Ulpian in l. 7. §. 13. Comm. div. sagt: „haec pars beneficio alterius venditori accessit“ oder muß hier nicht dasselbe Princip gelten, das er in l. 13. §. 17. de act. emti hinsichtlich der adjudicatio aufstellt: „aequum est, eandem esse conditionem emptoris, quae futura esset, si cum ipso actum esset,“ d. i. si ipse heres factus esset: und das er selbst noch zum Ueberfluß in l. 2. pr. de her. vend. (18. 4.) auf den Fall des Erbschaftskaufs überträgt: „ut neque amplius, neque minus juris emptor habeat, quam apud heredem futurum esset?“ Wenn man nun aus mattherzigem Erbarmen in diesem Falle eine conjectura voluntatis eintreten läßt, so möge man auch den Muth haben, die Entscheidungen der römischen Juristen hinsichtlich der adjudicatio, der alluvio und in unzähligen andern Punkten auf dieselbe Weise zu corrigiren.

Das Resultat ist also, daß der, welcher eine Sache herauszugeben hat, auch ihren natürlichen oder juristischen Zuwachs mit restituiren muß, denn diesen hat er ja ohne sein Zuthun ex re ipsa erhalten. Als Eigenthümer der Sache wird er Eigenthümer der Früchte, der Alluvion, Accession, erhält er den Schatz zur Hälfte, wird er durch adjudicatio Herr des Ganzen, als Miterbe erhält er durch Accrescenzrecht den vacanten Erbtheil, sein Recht war also die einzige Ursache dieser Arten des Gewinnes, sie werden ihm zu Theil ipso jure. Von diesen Fällen nun, wo die Sache objectiv die causa lucri war, muß man wohl unterscheiden die Fälle, wo sie es nur der irrthümlichen Meinung des Subjects wegen, oder wo sie die bloße occasio lucri ist. War in diesen Fällen die vom Eigenthümer auf die Erlangung des Gewinnes verwandte Thätigkeit auch noch so unbedeutend, so kann er den gemachten Erwerb doch behalten. Wenn z. B. der Erbe, welcher seinen Erbtheil verkauft hat, oder der, welcher irrig für den Erben gehalten wird, eine Nichtschuld erhalten hat, die der Zahlende dem Erblasser schuldig zu sein glaubte, so brauchen beide diesen Gewinn dem Käufer oder dem Erben nicht herauszugeben [1]), ungeachtet sich dieser Gewinn nicht auf eine Thätigkeit von ihrer Seite stützt. Denn dieser Gewinn ist ja nicht aus der Erbschaft hervorgegangen, er steht objectiv in keiner Beziehung zu ihr, sondern nur nach der irrigen Meinung des Zahlenden. Ebenso brauchte der Verkäufer dem Käufer auch dann nur die Hälfte des von einem Dritten auf dem verkauften Grundstücke gefundenen Schatzes herauszugeben, wenn der Finder in der Meinung, daß dem Eigenthümer der ganze Schatz gebühre, letzteren dem Verkäufer ganz ausgeliefert hätte. Denn den Theil des Finders erhält ja der Verkäufer nicht nach dem Gesetz, nicht jure domini, sondern nur nach dem subjectiven Glauben des Finders. Wenn dagegen im ersten Falle die Schuld ein natura debitum war, so be-

1) L. 2. §. 7. de her. vend. (18. 4.) l. 20. §. 18. de her. pet. (5. 3.)

kommt sie der Erbe allerdings ex hereditate [1]), ungeachtet sie vor der Zahlung bei der Berechnung des Nachlasses nicht mitgezählt wird [2]), weil sie nicht eingeklagt werden kann. Denn trotz der Beschränktheit ihres Schutzes hat die natürliche Verbindlichkeit doch eine objective, d. h. von dem Rechte anerkannte Existenz; wenn also der Schuldner zahlt, so bringt nicht blos sein subjectiver Glaube und Wille die Zahlung mit der Erbschaft in Beziehung, sondern dieser Zusammenhang liegt in der Sache selbst. In einzelnen Anwendungen sind aber die römischen Juristen noch weiter gegangen und haben eine Sache oder einen Umstand auch da als die objective Ursache einer Handlung aufgefaßt, wo letztere aus dem freien Entschluß des Subjects hervorging und jenem Umstande nur die Bedeutung zukam, daß mit Rücksicht auf ihn die Handlung vorgenommen wurde. Ich denke hier namentlich an die bekannte l. 25. §. 11. de her. pet. (5. 3.), in der Ulpian sagt, daß wenn der, welcher in gutem Glauben eine fremde Erbschaft besitzt, Sachen daraus verschenkt und Gegengeschenke erhalten hat, er ex hereditate locupletior zu halten sei. Dies ist eine ganz exorbitante Entscheidung. Wenn man sie aber auch durch Hinweisung auf die gemeine Art, wie Ulpian in jener Stelle die Schenkungen auffaßt („naturaliter sibi aliquem ad remunerandum obligaverunt... velut genus quoddam hoc esse permutationis") aus dem Wege räumen könnte, indem nach Ulpians Ansicht das Gegengeschenk eine moralisch nothwendige Folge des Geschenks ist, so bleiben doch noch mehre Entscheidungen, in denen die Person, mit Rücksicht auf die einer andern etwas geschenkt oder vermacht wird, als die Ursache des Geschenks oder Vermächtnisses aufgefaßt wird, z. B. in l. 21, 22 de usufructu (7. 1.), l. 10. §. 6. de vulgari subst. (28. 6.), l. 63. §. 4. ad S. C. Trebell. (36. 1.).

---

1) L. 1. §. 17. ad leg. Falc. (35. 2.) l. 21. pr. ibid. l. 44. de solut. (46. 3.) ut in Falcidiam heredi imputetur.

2) L. 1. §. 17. ad leg. Falc. (35. 2.)

S. auch noch l. 19. §. 1. de peculio (15. 1.) Ulpianus: ... nam quod (servus dotalis) ex re mariti quaesiit, vel ex operis suis, id ad maritum pertinet et ideo si respectu mariti heres sit institutus vel ei legatum datum, id eum non debere restituere, Pomponius scribit. l. 45. §. 4. de acq. her. (29. 2.) Julianus: Et quod a quibusdam respondetur, si liber homo, qui bona fide mihi serviebat, propter me heres institutus erit, posse eum jussu meo adire hereditatem, potest verum esse, ut intelligatur non opera sua mihi acquirere, sed ex re mea, sicut in stipulando et per traditionem accipiendo ex re mea, mihi acquirat. Nach der ersten Stelle sollen die Geschenke, die einem Sklaven gemacht sind, an welchem dem Einen das Eigenthum, dem Andern der Nießbrauch zusteht, dem zufallen, „cujus gratia, contemplatione" sie dem Sklaven zu Theil wurden. Nach der letzten Stelle soll der pater arrogator, der bekanntlich dem impubes nur hinsichtlich des von ihm selbst demselben zugewandten Vermögens einen Substituten ernennen darf, dieses Recht auch hinsichtlich dessen haben, „si quid beneficio arrogatoris acquisiit (impubes).... utputa amicus vel cognatus ei (impuberi) aliquid reliquit." In der dritten Stelle der l. 63. §. 4. ad S. C. Trebell. behandelt Gajus den Fall, wenn der Fiduciar vor Restitution der Erbschaft dadurch einen Erwerb gemacht hat, daß er eine dem erbschaftlichen Sklaven deferirte Erbschaft von demselben hat antreten lassen. Diese Erbschaft soll nun der Fiduciar dann mit der Haupterbschaft restituiren, wenn er „cum incremento hereditatem restituere rogatus est," ausgenommen dann, si evidentissimis probationibus fuerit ab herede approbatum, contemplatione sui servum esse heredem institutum. Aus diesen Stellen könnte man sich nun das erbauliche Princip abstrahiren, daß Jemand das, was er propter rem oder personam geschenkt erhalten, ex re oder persona habe. Wäre also für Jemanden z. B. der Umstand, daß ich Erbe bin oder eine gewisse Sache im Eigenthum habe, das Motiv, mir etwas zu schenken, so müßte ich dem Käufer der Erbschaft oder der

Sache das Geschenk restituiren, weil ich es ja aus der verkauften Sache hätte. Dann müßte auch der Erbe das, was er conditionis implendae causa vom Legatar erhält, in die Quart einrechnen, denn die legirte Sache ist ja das Motiv, weshalb der Legatar zahlt; bekanntlich gilt aber das Gegentheil. Ebenso müßte ich, wenn mir Jemand auf den Fall, daß mein Haus abbrennen sollte, 1000 versprochen hätte, dieselben nach eingetretenem Brande dem Käufer herausgeben, oder wenn Jemand einem Haussohn etwas schenkte aus Rücksicht auf seinen Vater, müßte das Geschenk in das peculium profectitium fallen, — was denn in der That auch einige neuere Juristen wegen der l. 21. 22. de usufructu behauptet haben [1]); ich brauche aber kaum zu sagen, daß alle jene Entscheidungen ganz gegen das Princip sind, das die Römer sonst anwandten, und daß es unbegreiflich ist, wie Ulpian und Gajus einem Begriffe, den wir im Rechte nicht kennen und der uns das ganze Recht verwirren würde (contemplatione, respectu alicujus) in jenen Fällen juristische Wirksamkeit haben beilegen können. Das mitleidige Erbarmen hat hier einmal wieder das juristische Gewissen zum Schweigen gebracht. Ulpian selbst verwirft an andern Stellen ausdrücklich jene Rücksicht z. B. in l. 13. §. 18. de act. emti (19. 1.), l. 23. §. 9. i. f. de aed. edicto (21. 1.) Der Käufer, der mit der actio emti klagt, der Verkäufer, der mit der act. redhibitoria belangt wird, können den Erwerb des Sklaven herausverlangen, den letzterer extra rem emptoris (venditoris) gemacht hat [2]). Wenn nun dem Sklaven etwas geschenkt oder vermacht wird, so soll nichts darauf ankommen:

---

1) Z. B. Hofacker Principia jur. civ. §. 570. Höpfner Kommentar §. 429. Die l. 10. §. 6. de vulgari substit. (28. 6.) scheint ihnen entgangen zu sein, sonst würden sie wohl nicht verfehlt haben, dieselbe als eine Hauptstütze für ihre Ansicht zu benutzen.

2) L. 24. de aed. edicto (21. 1.) . . . quidquid extra rem emptoris per eum servum adquisitum est, id justum videri reddi oportere. l. 13. §. 13. de act. emti (19. 1.) . . . non tamen si quid ex re venditoris.

„cujus respectu (contemplatione) sint illa relicta.“ Wenn also auch die Rücksicht auf den Herrn des Sklaven den Schenker zu seiner Schenkung bestimmte, so ist letztere doch nicht ex re domini entsprungen, denn der Schenker hatte ja freie Hand, die Rücksicht auf den Herrn war keine nothwendige. Ebenso entscheidet Pomponius in l. 60. §. 1. pro socio (17. 2.): nec compendium, quod propter societatem ei contigisset, veniret in medium veluti si propter societatem heres fuisset institutus aut quid ei donatum esset, und Ulpian in l. 64. §. 5. Soluto matrim: (24. 3.) . . . id tantum (uxori debet), quod jure patronatus assequitur vel assequi potuit. Plane si ex majore parte, quam debet, heres scriptus fuerit, quod amplius est, non praestabit, et si forte, cum ei nihil deberet libertus, heredem eum scripsit, nihil uxori restituet.

Wir können aus diesen Entscheidungen, die sich noch durch viele vermehren ließen, das Princip abstrahiren: daß wo Jemand eines gewissen Verhältnisses wegen, das oder dessen Gegenstand und Folgen er auf einen andern übertragen mußte, von einem Dritten etwas erwarb, letzteres nur dann als die Folge jenes Verhältnisses gilt, und mit demselben übertragen werden muß, wenn es eine nothwendige Folge war, also auf irgend eine Weise erzwungen werden konnte.

Nur dann war jenes Verhältniß die causa lucri, sonst aber nur eine occasio; im letztern Falle war der Wille des Subjects die wahre Quelle des Erwerbes. Umgekehrt aber kann auch ein freier Entschluß eines Dritten für mich den Gewinn herbeigeführt haben, die occasio desselben gewesen sein, ohne daß der Gewinn dadurch aufhörte ein lucrum rei zu sein. Wenn z. B. mein Miterbe seinen Erbtheil ausschlägt, um mir denselben zuzuwenden, ich den meinigen aber verkauft habe, so könnte man auf den ersten Augenblick der Meinung sein, daß ich diesen Theil dem Käufer nicht herauszugeben brauchte, weil ich ihn ja nicht durch meinen Erbtheil, sondern durch Liberalität meines Miterben bekommen habe. Allein das ist unrich-

tig. Denn den accrescirenden Theil bekomme ich jure heredis; der Entschluß des Miterben kann zwar den Einfluß haben, daß die, wenn ich so sagen darf, in meinem Erbtheil liegende Expansivkraft in Thätigkeit gesetzt wird, ein Object erhält, über das sie sich ausdehnen kann, allein den Erwerb desselben verdanke ich dem Accrescenzrecht, nicht dem Miterben. Wie irrelevant sein Wille für diesen Erwerb ist, geht daraus hervor, daß letzterer auch ohne seinen Willen möglich ist z. B. wenn der Erbe stirbt oder innerhalb der bestimmten Zeit nicht antritt. Dasselbe gilt, wenn mein Nachbar aus Rücksicht auf mich durch non usus seine ihm an meinem Grundstücke zustehenden Servituten untergehn läßt, wenn ein Miteigenthümer aus persönlichem Wohlwollen gegen mich es geschehen läßt, daß mir zu einem geringen Preise die gemeinsame Sache adjudicirt wird, wenn Jemand aus einem gleichen Motiv meinem Sklaven etwas schenkte, legirte, ihn zum Erben einsetzte. In allen diesen Fällen erwerbe nicht ich, sondern die Sache; wem nun die Sache gebührt, dem muß ich auch jene Erwerbungen restituiren. Daß die Rücksicht auf mich den Erwerb der Sache herbeiführte, befreit mich so wenig, als bei einem Gewinne, den ein Dritter mir aus Rücksicht auf die verkaufte Sache zuwandte, diese Rücksicht mich zur Herausgabe dieses Gewinnes an den Käufer verpflichten würde. Dort war ich die occasio, daß die Sache erwarb, hier die Sache die occasio, daß ich erwarb.

In der bisherigen No. II. war von solchen Arten des Gewinnes die Rede, die rein aus der Sache selbst hervorgingen, dem Eigenthümer ohne eine Thätigkeit von seiner Seite zufallen und deswegen immer neben der Sache selbst restituirt werden müssen. Ich wende mich jetzt zu solchen Arten, die zwar auch als ein commodum rei anzusehen sind, indem ihr Erwerb nicht auf einer negotiatio des Besitzers beruht, die aber gemischter Natur sein können, bald nämlich neben der Sache herausgegeben werden müssen, bald zurückbehalten werden können.

III.

Mitwirkung des Eigenthümers — Erwerb durch Sklaven — Klagen aus unerlaubten Handlungen Dritter. —

In den bisher erörterten Fällen wurde vom Eigenthümer keine Thätigkeit, ja nicht einmal eine Willenserklärung zum Erwerb des Gewinnes verlangt; es fiel ihm letzterer ipso jure zu. Es giebt aber Fälle, in denen, ungeachtet eines ipso jure erfolgenden Erwerbes, der Eigenthümer dennoch letztern nicht mit der Sache zu restituiren hat und umgekehrt Fälle, in denen der Erwerb nicht ipso jure erfolgt, dennoch aber die Restitutionspflicht eintritt. Ich spreche zuerst von dieser Klasse.

1) Es beruht der Erwerb auf einer Thätigkeit oder außerdem noch auf bestimmten Voraussetzungen in der Person des Besitzers oder Eigenthümers, allein durch die Sache selbst war der Gewinn deferirt und die Thätigkeit des Subjects besteht nur in der Perception desselben. Es tritt, wenn man den Gewinn in seine Elemente zerlegen will, das subjective Element ganz zurück gegen das sachliche [1]). Wenn z. B. der verkaufte Sklave zum Erben eingesetzt war, und der Verkäufer ihm befiehlt, die Erbschaft anzutreten, so beruht der wirkliche Erwerb der Erbschaft auf einer Thätigkeit des Verkäufers. Allein den Hauptantheil hat doch die Sache selbst, sie verschaffte dem Herrn die Möglichkeit des Erwerbes, d. h. nicht eine blos unbestimmte allgemeine Möglichkeit, sondern eine concrete und dauernde, die mit dem Sklaven auf jeden Eigenthümer übergegangen wäre, und von Jedem hätte effectuirt werden können. Deshalb muß denn der Verkäufer des Sklaven die ihm durch letztern erworbene Erbschaft dem Käufer her-

---

1) Man könnte hier die Analogie der l. 45. de usuris (22. 1.) benutzen, worin es heißt: fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit: illos tamen, quos suis operis acquisierit velut serendo: nam si pomum decerpserit vel ex silva caedit, non fit ejus .... quia non ex facto ejus is fructus nascitur.

ausgeben [1]), selbst wenn letzterer als incapax die Erbschaft nicht hätte erwerben können [2]). Ein anderer Fall, der in l. 22. §. 2. de pign. act. (13. 7.) erörtert wird, ist folgender: Es verpfändet Jemand wissentlich eine fremde Sache, der Pfandgläubiger aber ist in bona fide. Wenn letzterer nun mit der act. pigneratitia auf Rückgabe der Sache belangt wird, muß er dann auch das Eigenthum der Früchte, das er seiner bona fides wegen erworben hat, auf den Verpfänder übertragen, oder, wenn er die Früchte verzehrt hat, sich dieselben zum vollen Werth anrechnen lassen? Denn der Pfandschuldner hätte blos den Besitz der Früchte erhalten, nicht aber das Eigenthum, weil er ja in mala fide war; der Pfandgläubiger verdankt nun zwar den Besitz der Sache dem Schuldner, nicht aber das Eigenthum der Früchte; letzteres hat er seiner bona fides wegen. Der Besitz einer Sache hat aber nicht den Werth, den das Eigenthum hat [3]); folglich könnten die Früchte dem Pfandgläubiger nicht zum Eigenthumswerth angerechnet werden, oder, wenn sie noch existirten und der Gläubiger sie herausgegeben hätte, könnte er nicht verhindert werden, sie zu vindiciren. Allein Ulpian entscheidet in der citirten Stelle anders. Competet, sagt er, ei (debitori) et de fructibus pigneratitia actio, quamvis ipse fructus suos non faciet... proderit igitur ei, quod creditor bona fide possessor fuit.

Ein ähnlicher Fall findet sich in l. 33. de mort. c. donat. (39. 6.):

Qui alienam rem mortis causa traditam usu cepit, non ab

---

1) L. 23. §. 9. de aed. ed. (21. 1.) l. 13. §. 18. de act. emti (19. 1.) l. 39. §. 1. de leg. I. (30.)

2) L. 23. §. 9. cit. de aed. ed. neque refert haec consequi an non potuerit. Ponamus enim talem esse, qui capere aliquid ex testamento non potuerat; nihil haec res nocebit.

3) L. 21. §. 2. quod met. causa (4. 2.) non quanti fundus, sed quanti possessio est. l. 3. §. 11. Uti poss. (43. 17.)... longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis.

eo videtur cepisse, cujus res fuisset, sed ab eo, qui occasionem usu capionis praestitisset.

womit zu verbinden l. 13. pr. ibid.

Si alienam rem mortis causa donavero eaque usucapta fuerit, verus dominus eam condicere non potest, sed ego, si convaluero[1]).

Also ich erhielt von Jemandem eine fremde Sache mortis causa geschenkt, später fordert er sie zurück; kann er nun das Eigenthum oder den Besitz condiciren[2])? Von ihm erhielt ich nur den Besitz; das Eigenthum ist das Product dreier Factoren; von seiner Seite: des Titels, von meiner Seite: des Besitzes und der bona fides. Er hat mir zwar auch den Besitz verschafft, allein die Fortdauer desselben beruht auf meinem Factum. Darnach könnte man denn glauben, daß er nur auf den Besitz der Sache Anspruch hätte, das Eigenthum aber als ein Gewinn, der noch nicht aus der bloßen Besitzübertragung hervorging, mir verbleiben müßte. Allein die beiden citirten Stellen bestimmen das Gegentheil. Denn daß man zu den Worten der l. 33. cit. ab eo cepisse videor nicht possessionem, sondern dominium hinzuzudenken hat, braucht kaum gesagt zu werden. Den Besitz hatte ich ja von dem Schenker erhalten, also konnte darüber kein Zweifel mehr sein; wohl aber über das Eigenthum, denn der Schenker war nicht Eigenthümer gewesen. In l. 13. pr. ist nun zwar nicht ausdrücklich gesagt, daß der Schenker das Eigenthum condiciren könne, allein ebensowenig, daß die Condiction sich blos auf die possessio beziehe; den Ausdruck: eam rem condicere

---

1) S. auch noch l. 6. §. 1. de jure dot. (23. 3.) Si pater alienum fundum bona fide emtum in dotem dedit, ab ipso profectus intelligitur. Aehnlich bei der Consumtion des in dotem gegebenen fremden Geldes l. 81. ibid: . . . consumtis his dos profectitia efficitur.

2) L. 15. §. 1. de cond. ind. (12. 6.) Sed et si nummi alieni dati sint, condictio competet, ut vel possessio eorum reddatur.

non potest müssen wir aber hier um so mehr vom Eigenthum verstehen, als er nur in diesem Sinne von dem „verus dominus“ gebraucht werden konnte. Wir dürfen also annehmen, daß der Beschenkte ungeachtet er nur den Besitz erhielt, dennoch das Eigenthum herausgeben muß; dasselbe muß denn auch in andern Fällen gelten, z. B. bei der condictio indebiti, bei dem Legatar, dem die Herausgabe der legirten Sache an einen Dritten auferlegt ist. Der Legatar braucht bekanntlich nicht mehr zu restituiren, als er vom Erblasser erhalten hat [1]) und wie l. 70. §. 1. de leg. II. (31.) sagt: nec mutanda sententia erit, quod forte legato percepto magnum emolumentum ex aliquo negotio consequutus est. Wenn er nun die legirte, im Eigenthum eines Dritten befindliche Sache usucapirte, so hat er sie nicht „ex aliquo negotio,“ sondern „ab eo cepisse videtur, qui occasionem usucapionis praestitit,“ er muß also dem Fideicommissar das Eigenthum oder den Werth desselben geben.

Dem bisherigen nach würde also der Usucapient das Eigenthum der Früchte und der Sache nicht für sich in Anspruch nehmen können, ungeachtet zum Erwerb desselben von seiner Seite die Fortsetzung des Besitzes und die bona fides concurrirten — und mit Recht. Denn die wesentlichsten Erfordernisse, mit deren Erweis die Möglichkeit der Usucapion selbst bewiesen ist, — der Besitz der Sache und der Titel stammten vom Tradenten. Die Fortdauer des Besitzes ist kein neues Moment, sondern nur eine Nichtaufhebung des vom Tradenten übertragenen Besitzes, die bona fides aber ein Requisit, dessen Dasein vermuthet wird, der Mangel einer subjectiven Unfähigkeit. Die Thätigkeit des Usucapienten besteht also blos in der Perception eines Gewinnes, dessen Object und Perceptionsfähigkeit ihm von Seiten des Tradenten zu Theil wur-

1) L. 70. pr. de leg. II. (31.) . . . Sed et si legatum perceperit, non amplius ex causa fideicommissi cogendus erit solvere, quam recepit.

den [1]), letzterer gab also nicht blos die occasio usucapionis, wie Paulus in l. 33. de don. mortis causa sich ausdrückt. Würde die bloße occasio hinreichen, ut ab eo cepisse videar, so müßte ich dem Käufer auch das Wild, das ich auf dem verkauften Grundstücke geschossen, oder die res derelicta, die ich daselbst gefunden habe, herausgeben, denn das Grundstück gab mir die occasio der Occupation. Allein man könnte mir einwenden, daß auch das Grundstück mir das Object und die Möglichkeit der Occupation darbietet, also ganz dasselbe, was mir bei der Usucapion der Tradent verschafft. Dieser Vergleich wäre aber unrichtig. Denn durch das bloße Raumverhältniß kommt die herrenlose Sache in kein juristisches Verhältniß zu meinem Grundstück; selbst der Dritte, der unerlaubterweise mein Grundstück betrat, um sie zu occupiren, wird durch Occupation Eigenthümer derselben [2]), das Thier selbst aber kann jeden Augenblick entfliehen. Jene Möglichkeit ist also weder in ihrer Beziehung auf mich, noch in ihrer Dauer überhaupt gesichert; sie giebt mir nichts, was ich nicht auch haben könnte, ohne Eigenthümer des Grundstücks zu sein. Betrachten wir dagegen die Möglichkeit zu usucapiren, eine deferirte Erbschaft anzutreten, durch Separation Eigenthümer der Früchte zu werden. Jede derselben ist in ihrer ausschließlichen Bezie-

---

1) Deshalb ist es denn auch ganz consequent, daß der Verkäufer, dadurch daß der Käufer die Sache usucapirt hat, von jeder Verpflichtung frei wird, während er zur Evictionsleistung verpflichtet wird, sobald der Käufer vom wahren Eigenthümer das Eigenthum der Sache erhalten hat leg. l. 41. §. 1. de evict. (21. 2.). Denn in jenem Fall hat der Käufer das Eigenthum vom Verkäufer erhalten (ab eo cepisse videtur), letzterer hat also seine Verpflichtung erfüllt. Wäre die römische Jurisprudenz nicht von der im Texte entwickelten Ansicht ausgegangen, so hätte sie auch in jenem Fall den Verkäufer ebensogut zur Evictionsleistung verpflichten müssen, als in dem andern. Deswegen sagt auch Paulus in der l. 56. §. 3. de evict. (21. 2.) Si, cum posset usucapere emptor, non cepit, culpa sua hoc fecisse videtur; u n d e, s i e v i c t u s e s t s e r v u s, non tenetur venditor.

2) L. 3. §. 1. de A. R. D. (41. 1.)

hung auf mich gesichert; sie ist es auch hinsichtlich ihres Eintritts. Denn das Recht, eine deferirte Erbschaft anzutreten, steht nur dem Eigenthümer des zum Erben eingesetzten Sklaven zu, und es steht ihm schon zu, weil er Eigenthümer ist; es ist ferner ein dauerndes Recht. Das Recht zu usucapiren und durch Separation Eigenthümer der Früchte zu werden, ist mit der bonae fidei possessio verknüpft; es steht mir also nothwendig zu, es steht blos mir zu, es steht mir schon zu, weil ich bonae fidei possessor bin. Darnach erscheint denn die Effectuirung dieser mir zustehenden Möglichkeiten nur als Aneignung eines aus der Sache hervorgehenden Gewinnes, als Perception der Früchte. Wo nun aber meine Thätigkeit nur diese Bedeutung hat, muß ich den durch ihre Anwendung gemachten Gewinn ebenso herausgeben, als ob er mir ipso jure zu Theil geworden wäre.

Anwendungen dieses Princips werden im Verlauf der Darstellung noch öfter vorkommen [1]). Hier möge nur noch eine erwähnt werden: Wenn ich mir vom Nachbar damni infecti habe caviren lassen, so stützt sich die im Fall einer eingetretenen Beschädigung mir zustehende Klage blos auf meine Thätigkeit, dennoch aber muß ich diese Klage dem Käufer cediren [2]) — und zwar gerade unseres Princips wegen. Man könnte hier auch einen anderen Gesichtspunkt aufstellen, den Grund der Cession nämlich darin finden wollen, daß meine Thätigkeit den Zweck gehabt hätte, die Integrität der Sache zu sichern. Um die Irrigkeit dieses Grundes aufzudecken, wird schon die Anwendung desselben auf andere Fälle genügen. Wenn mir Jemand 100 versprochen hätte auf den Fall, daß mein Sklave stürbe, und ich diesen Sklaven verkaufte, derselbe aber vor der Tradition umkäme, müßte ich dann dem Käufer die Klage auf Bezahlung der 100 cediren? Keinenfalls, denn

---

1) Namentlich in Bezug auf die mir ex re deferirten Klagen. S. S. 33 u. f.

2) L. 13. §. 12. de act. emti (19. 1.)

ich hätte sie mir ja eben so gut versprechen lassen können auf den Fall, daß der Sklave des Titius unterginge, mein Sklave war also blos in conditione positus; kein Mensch wird aber behaupten, daß ein Umstand, von dessen Eintritt der Schuldner seine Verpflichtung gegen mich abhängig gemacht hat, die Quelle meines Rechts sei, vielmehr ist unser Vertrag der Grund meiner Forderung. Wenn ich mir nun vom Nachbar auf den Fall, daß seine Schaden drohende Sache die meinige beschädige, etwas versprechen lasse, so kann auch hier dasselbe gesagt werden; wenn die Beschädigung eingetreten ist, habe ich eine Klage aus dem Versprechen, nicht aber aus der Beschädigung, mithin brauche ich dem Käufer die Klage nicht zu cediren. Wenn nun dennoch hinsichtlich der cautio damni infecti das Gegentheil gilt, so kann der Grund nur darin liegen, daß der Nachbar mir vermöge meines Eigenthums zur cautio damni infecti verpflichtet war, daß sie also aus der Sache selbst hervorgegangen ist. Meine Thätigkeit hat hier wiederum nur die Bedeutung, ein durch die Sache selbst gegebenes Recht zu realisiren. Wenn mir hingegen Jemand auf den Fall, daß er meine ihm commodirte Sache beschädigt, das Doppelte des Werthes verspricht, ich diese Sache dann verkaufe, und darauf die Beschädigung eintritt, so brauche ich dem Käufer meine Forderung nicht zu cediren, sondern nur soviel zu zahlen, als ich vom Commodatar mit der actio legis Aquiliae hätte verlangen können; denn zu letzterem war er verpflichtet, nicht aber zum Versprechen des doppelten Werthes [1]). — Wenn nun im obigen Fall der Nachbar mir die Kaution nicht leisten will, und ich ex primo und secundo decreto in sein Grundstück immittirt werde, muß ich dem Käufer letzteres abtreten, oder kann ich auf den Grund hin, daß der gefürchtete Schaden nicht eingetreten ist, die Herausgabe

1) Eine ähnliche Entscheidung s. in l. 3. pr. und §. 1. ad leg. Falc. (35. 2.) namentlich die Worte: eam pecuniam ex hereditate, sed ex decisione habet.

desselben verweigern? Offenbar muß ich es herausgeben, denn das Recht auf immissio ging ja aus der verkauften Sache hervor; den Besitz des benachbarten Grundstücks verdanke ich der Sache, und dem Besitze verdanke ich wieder das Eigenthum [1]), letzteres ist also ein fructus rei. Eher zur Bestätigung, als zur Widerlegung dieser Entscheidung dient l. 7. §. 1. de usufructu (7. 1.) in der es vom Usufructuar heißt: .... unde etiam mitti eum in possessionem vicinarum aedium causa damni infecti placuit et jure dominii possessurum eas aedes, si perseveretur non caveri, nec quicquam amittere finito usufructu. Denn wenn nach dieser Stelle der Usufructuar das Haus, in das er wegen verweigerter cautio damni inf. immittirt ist, für sich behalten kann, so kann man dies nicht blos daraus rechtfertigen, daß der Usufructuar aus eigenem Rechte, also auch neben dem Proprietar die Kaution fordern kann [2]), sondern man kann sogar aus jener Stelle das beweisen, worum es sich hier handelt, daß nämlich die Immission in das benachbarte Grundstück als „reditus, fructus, obventio" aufgefaßt wird. Im Anfang der Stelle heißt es nämlich: „rei soli, utputa aedium usufructu legato quicunque reditus est, ad usufructuarium pertinet, quaeque obventiones sunt ex aedificiis, ex areis et caeteris, quaecunque aedium sunt." Daran schließt sich nun mit unde etiam der bereits oben mitgetheilte Satz an; er soll also, wie aus unde etiam hervorgeht, ein Beispiel einer obventio ex aedificio angeben. Der folgende §. 2. beginnt mit: Quoniam igitur omnis fructus rei ad eum pertinet; dieses igitur, welches uns auf das vorhergehende verweist, zeigt, daß auch das im vorigen §. mitgetheilte Beispiel als fructus rei aufgefaßt wird. Ist dies aber richtig, so bestätigt diese Stelle das Resultat, auf welches uns unsere Deduction gebracht hat.

---

2) Dieser Behauptung wegen beziehe ich mich auf die Ausführung auf S. 23 f.

3) L. 5. §. 2. de damno inf. (39. 2.)

Ich schließe hiermit die bisherige Erörterung. Das Resultat derselben ist also, daß eine Mitwirkung des Herrn oder Besitzers den Begriff des lucrum rei dann nicht aufhebt, wenn diese Mitwirkung blos darin besteht, ein bestimmtes durch die Sache facultativ gegebenes Recht zu realisiren. Ich wende mich jetzt zu den Fällen, in denen der Verkäufer einen ihm durch die Sache ohne eine Mitwirkung von seiner Seite verschafften Gewinn unter gewissen Voraussetzungen nicht zu restituiren braucht.

2) Es sind dies die beiden Fälle des Sklavenerwerbes und der aus unerlaubten Handlungen Dritter dem Eigenthümer zu Theil gewordenen Klagen.

Was den ersten Fall betrifft, so ist es Regel, daß der Verkäufer des Sklaven das, was letzterer erworben hat, restituiren muß, sei es nun, daß es sich auf eine Thätigkeit oder ein Rechtsgeschäft des Sklaven, oder auf eine Liberalität Dritter stützt z. B. Geschenke, Erbschaften, Legate [1]). Eine Ausnahme aber gilt hinsichtlich dessen, was der Sklave ex re venditoris erworben hat [2]); der Strenge nach müßte auch dieses dem Käufer restituirt werden, denn es fällt dem Verkäufer ipso jure zu. Allein es ist ein Satz von der allgemeinsten Anwendbarkeit, daß jeder, welcher das durch Sklaven Erworbene herausgeben muß, dennoch den Erwerb behalten kann, welcher ex re ipsius geflossen ist, z. B. der bonae fidei possessor, der Fructuar, ungeachtet sie nur auf die operae des Sklaven Anspruch haben, der Miteigenthümer, ungeachtet der sonstige Erwerb gemeinschaftlich ist [3]).

---

1) L. 13. §. 18. de act. emti (19. 1.) l. 23. §. 9. de aed. ed. (21. 1.) l. 47. de jure dot. (23. 3.) l. 39. §. 1. de leg. I. (30.)

2) L. 13. §. 13. de act. emti (19. 1.) l. 33. pr. de her. pet. (5. 3.) l. 24. de aed. edicto. Beispiele dieses ex re s. in l. 25. §. 1. de usufr. (7. 1.) l. 11. pr. de accept. (46. 4.) l. 63. de solut. (46. 3.). Die Frage, ob das, was dem Sklaven contemplatione domini vermacht ist, als ein Erwerb ex re domini anzusehen sei, habe ich schon oben S. 17 u. folg. erörtert.

3) L. 45. de A. R. D. (41. 1.) ... nam bonae fidei convenit, ut unus-

Weit wichtiger als dieser erste Fall ist aber der zweite, wenn der Eigenthümer oder Besitzer aus unerlaubten, gegen die Sache gerichteten Handlungen Dritter Klagen erworben hat. Muß er diese Klagen cediren, oder das, was er durch ihre Anstellung gewonnen, dem, der die Sache zu fordern hat, herausgeben, oder kann er sich nicht wenigstens dadurch von dieser Prästation befreien, daß er sich zur Leistung der Sache und zum vollen Ersatze des von dem Dritten angestifteten Schadens erbietet? Diese Frage ist deswegen für den Schuldner, wie für den Gläubiger von hohem Interesse, weil einige jener Klagen auf mehr gehn, als der Werth der Sache beträgt z. B. die actio furti, vi bonorum raptorum, legis Aquiliae, und weil der Schuldner durch casuellen Untergang des Objects von seiner Verbindlichkeit befreit wird, dem Gläubiger es also in diesem Falle, wo er sich nicht an den Schuldner halten kann, sehr wichtig sein muß, statt der Sache wenigstens eine Klage gegen einen Dritten zu haben, selbst wenn sie nur auf den einfachen Sachwerth geht. In mehren Stellen heißt es nun in Bezug auf unsere Frage, der Verkäufer solle dem Käufer, wenn er ihm ohne seine Schuld die Sache nicht leisten könne, wenigstens die Klagen cediren z. B. in

§. 3. I. de emt. (3. 24) Quodsi fugerit homo, qui veniit, aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris intervenerit: animadvertendum erit, an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit. Sane enim si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit, securus est. Idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intelligimus. Utique tamen vindicationem rei et condictionem exhibere debebit emtori, quia sane, qui nondum rem emtori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti et damni injuriae actione.

---

quisque praecipuum habeat, quod ex re ejus servus acquisierit. l. 21. de usufr. (7. 1.)

L. 35. §. 4. de cont. emt. (18. 1.) Gajus: ... ut tamen vindicationem rei et condictionem emtori exhibeat.

L. 14. pr. de furtis (47. 2.) Ulpianus: ... mandare eum plane oportebit emtori furti actionem et condictionem et vindicationem: et si quid ex his actionibus fuerit consequutus, id praestare eum emtori oportebit.

L. 80. pr. ibid. Papinianus: ... ad praestandas actiones teneor.

Dem scheint nun aber die berühmte l. 21. de her. vend. (18. 4.) [1]) entgegenzustehn. Ich muß diese Stelle hier ganz abdrucken lassen, weil der Sinn des Theils derselben, auf den es hier ankommt, nur durch eine Darlegung des ganzen Zusammenhanges der Stelle richtig bestimmt werden kann, auch wird der übrige Theil derselben im Verlauf der Darstellung noch oft von uns benutzt werden:

Paulus lib. 16. Quaestionum. Venditor ex hereditate interposita stipulatione rem hereditariam persecutus alii vendidit. Quaeritur, quid ex stipulatione praestare debeat: nam bis utique non committitur stipulatio, ut et rem et pretium debeat. Et quidem si posteaquam rem vendidit heres, intercessit stipulatio, credimus pretium in stipulationem venisse: quod si antecessit stipulatio, deinde rem nactus est, tunc rem debebit. Si ergo hominem vendiderit et is decesserit, an pretium ejus debeat? non enim deberet Stichi promissor, si eum vendidisset, mortuo eo, si nulla mora processisset. Sed ubi hereditatem (vendidi) et postea rem ex ea vendidi, potest videri ut negotium ejus agam, quam hereditatis. Sed hoc in re singulari non potest credi: nam si eundem hominem tibi vendidero et necdum tradito eo alii quoque vendidero pretiumque accepero, mortuo eo, videamus, ne nihil tibi debeam ex empto, quoniam moram in tradendo non feci: pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur, et sic fit, quasi alii non vendidissem:

1) S. Glücks Erläuterung der Pandecten B. 16. S. 334 u. f.

tibi enim rem debebam, non actionem. At cum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut si quid tanquam heres feci, id praestem emptori, quasi illius negotium agam: quem ad modum fundi venditor fructus praestet bonae fidei ratione, quamvis si neglexisset ut alienum, nihil ei imputari posset, nisi culpa ejus argueretur. Quid si rem, quam vendidi, alio possidente, petii et litis aestimationem accepi, utrum pretium illi debeo an rem? Utique rem, non enim actionem ei, sed rem praestare debeo. Et si vi dejectus vel propter furti actionem duplum abstulero, nihil hoc ad emptorem pertinebit: nam si sine culpa desiit detinere venditor, actiones suas praestare debebit, non rem et sic aestimationem quoque: nam et aream tradere debet exusto aedificio.

Nach dieser Stelle scheint also der Verkäufer das, was er durch Anstellung der actio furti, vi bonorum raptorum und rei vindicatio erhalten hat, für sich behalten, den Käufer aber mit Zahlung des Sachpreises abfinden zu können. Versteht man die Stelle nun auf diese Art, so könnte man, um sie mit den übrigen Stellen zu vereinigen, sagen: Alles kommt darauf an, ob der Verkäufer zu der Zeit, da er vom Käufer belangt wird, die in unsern Stellen genannten Klagen bereits angestellt hat oder nicht; im ersten Fall kann er den Käufer mit Leistung der Sache oder ihrer aestimatio abfinden, im letztern aber nicht. Diese Vereinigung hat auch Mühlenbruch [1]) versucht, ich muß sie aber eine durchaus verwerfliche nennen. Es steht ihr zuerst ein ausdrückliches Quellenzeugniß entgegen, nämlich die Worte der l. 14. pr. de furtis (47. 2.): et si quid ex his actionibus fuerit consequutus, id praestare eum emtori oportebit. Mühlenbruch meint zwar, man müsse diese Stelle nothwendig darauf beschränken: „wenn der Verkäufer zu der Zeit, als der Käufer die Ablieferung forderte, die Diebstahlsklage nicht angestellt, auch die Sache nicht in Händen

1) Cession der Forderungsrechte §. 38. II. nr. 9.

hatte, also anstatt der Sache entweder seine Klagen abtrat, oder auch nun erst selbst klagte." Allein wie willkürlich diese Erklärung ist, brauche ich wohl kaum zu sagen; die Stelle spricht ganz allgemein, und wenn sie zu Mühlenbruchs Auffassung der l. 21. nicht paßt, so wird die Schuld daran wohl weniger an ihr, als an letzterer liegen. Es wäre in der That völlig unbegreiflich, wie der Verkäufer, wenn seine Verpflichtung einmal auf Cession der Klagen geht, dieselbe durch sein Factum sollte aufheben können. Man wende nicht dagegen ein, daß er hierdurch den Grad seiner Verpflichtung erhöhe, indem er ja jetzt zur Leistung der Sache oder ihres Werths verpflichtet sei; denn er selbst hat ja das Zweifache oder wohl gar das Vierfache gewonnen, und dies hätte ja auch der Käufer erhalten können, wenn der Verkäufer seiner Verpflichtung zur Cession nachgekommen wäre. Ja man setze einmal den Fall, daß nachdem der Verkäufer vom Diebe das Vierfache erhalten hat, die Sache beim Diebe untergegangen ist. Hier würde der Käufer nach Mühlenbruchs Ansicht nichts verlangen können, weder das, was der Verkäufer vom Diebe erhalten hat, noch auch den Werth der Sache, denn in dem von Mühlenbruch supponirten Fall war der Verkäufer hinsichtlich des Diebstahls außer aller culpa, das periculum blieb also nach wie vor bei dem Käufer. Oder wollte nun Mühlenbruch hier wieder dem Käufer das Recht einräumen, statt der Sache die Klagen zu fordern?

Daß nun, wenn der Verkäufer zur Cession der Klagen verpflichtet ist, die Anstellung derselben diese Verpflichtung nicht aufhebt, geht schon aus frühern Erörterungen (S. 21 u. fl.) [1]) hervor. Die Sache selbst hat ihm ohne sein Zuthun das Recht zu klagen verschafft; daß zur Realisirung dieser Möglichkeit eine Thätigkeit von seiner Seite erforderlich war, kann ihn ebensowenig berechtigen, den percipirten Gewinn für

1) S. auch l. 23. §. 1. de her. vend. (18. 4.) Nominis venditor quidquid vel compensatione vel exactione fuerit consequutus, integrum emtori restituere compellatur.

sich zu behalten, als er aus demselben Grunde die auf sein Geheiß vom verkauften Sklaven angetretene Erbschaft in Anspruch nehmen kann. So gut wie er hätte ja auch der Käufer in beiden Fällen die Erwerbshandlung vornehmen können, hinsichtlich der Klagen war ja auch der Verkäufer namentlich verpflichtet, die Möglichkeit ihrer Anstellung auf den Käufer zu übertragen. Eine gesetzliche Bestätigung erhält die bisherige Erörterung durch l. 11. §. 9. Quod vi aut clam (43. 24): Plane si post venditionem fundi opus factum est, etsi ipse experiatur venditor, quia nondum traditio facta est, tamen ex empto actione emptori tenebitur: omne enim et commodum et incommodum ad emptorem pertinere debet, und durch l. 16. de aqua et aq. pluv. arc. (39. 3.)... idque eum emptori restituere debere. Die l. 14. pr. de furtis ist schon mitgetheilt.

Wenn wir also dem bisherigen nach den von Mühlenbruch vorgeschlagenen Vereinigungsversuch der l. 21. de her. vend. mit den übrigen S. 30, 31. angeführten Stellen mißbilligen müssen, welcher andere läßt sich denn an die Stelle setzen? Man könnte sagen, Paulus unterscheide in jener Stelle zwischen dem Fall, wo der Verkäufer mit culpa, und dem, wo er ohne culpa den Besitz verlor, in jenem Falle brauche er die Klage nicht zu cediren, weil er für die Sache selbst hafte, in diesem aber müsse er, weil letzteres nicht der Fall sei, die Klagen cediren. Von letzterm Falle seien die übrigen Stellen zu verstehen. Allein so sehr ich auch im folgenden jenes Princip, wornach das ganze Gewicht auf die culpa gelegt wird, zu rechtfertigen denke, so wenig kann ich, wie es z. B. Hasse[1]) thut, unsere Stelle dadurch erklären. Denn die Schwierigkeit bleibt, daß Paulus nicht blos von dem Falle spricht si propter furti actionem duplum abstulero, sondern auch von dem: si forte vi dejectus sum. Nun ist aber doch eine gewaltsame Dejection nicht meiner

---

1) Die Culpa des Röm. Rechts. 2te Ausg. S. 312.

culpa beizulegen, „nam custodia adversus vim parum proficit“ l. 31. pr. de act. emti (19. 1.). Dieser Einwand konnte am wenigsten Hassen entgehen, allein, weil er ihn nicht zu beseitigen wußte, hat er ihn wenigstens verdeckt. In der Paraphrase, die er von unserer Stelle giebt, sagt er in Bezug auf unsere Worte: „denn dies, daß der Verkäufer nämlich eine solche Pönalklage angestellt, tritt gewöhnlich nur ein, wenn er den Vorwurf einer Nachlässigkeit im Bewahren, einer culpa nicht von sich ablehnen konnte.“ Als wenn nicht gerade in den meisten Fällen z. B. bei der actio vi bonorum raptorum legis Aquiliae, dem Interdictum unde vi, das Gegentheil einträte!

Die Schwierigkeiten unserer Stelle scheinen mir durch die Bemerkung gehoben zu sein, daß Paulus den Fall vor Augen hat, wo die verkaufte Sache bereits vor dem Verkauf entwandt oder geraubt war. In diesem Falle konnte natürlich der Käufer ebensowenig die Cession der Klagen verlangen, als der Verkäufer sich durch sie von der Leistung der Sache befreien konnte, die Entstehung der Klagen fällt ja in eine Zeit, wo von keiner Verpflichtung zur Herausgabe des commodum rei die Rede sein konnte, weil überhaupt noch kein obligatorisches Verhältniß bestand. Niemand würde den Verkäufer für verpflichtet halten, die vor dem Verkauf gezogenen Früchte zu restituiren, weshalb sollte denn hinsichtlich der Klagen das Gegentheil gelten? Diese Behauptung bedarf wohl kaum einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestätigung, zum Ueberfluß aber will ich sie auch von dieser Seite sichern. In l. 11. §. 4. Quod vi aut clam (43. 24.) heißt es: wenn der Verkäufer wegen eines nach dem Verkauf vi oder clam von seinem Nachbar errichteten Werks das Interdict angestellt habe, so müsse er dem Käufer das, was er durch dieses Rechtsmittel erhalten habe, herausgeben. Wenn hingegen das Werk schon vor dem Verkauf errichtet war, so bestimmt der vorhergehende §. 8.:

...nec ex emto actione quicquam ei praestandum emptori

ex eo opere, quod ante venditionem factum est; satis enim esse, quod utique propter hoc opus viliori praedium distraxerit. Certe et si non viliori vendidit, idem erit probandum.

Demnach konnte Paulus, wenn er an eine bereits vor dem Verkauf geschehene Entwendung oder Dejection dachte, mit vollem Rechte sagen:

nihil hoc ad emptorem pertinebit, si forte vi dejectus vel propter furti actionem duplum abstulero.

Dachte nun aber Paulus an diesen Fall? Ich brauche die Bejahung dieser Frage nicht blos dadurch zu begründen, daß die Behauptung von Paulus nur unter dieser Annahme einen guten Sinn giebt und mit den übrigen Quellenäußerungen in Einklang kommt; selbst für diesen Preis würde ich Bedenken tragen, den Worten Zwang anzuthun. Allein man sehe nur die Structur unserer Stelle an, um sich zu überzeugen, daß meine Auslegung sich ganz natürlich aus dem Zusammenhange ergiebt. Paulus stellt die Frage an die Spitze: was der Erbschaftsverkäufer dem Käufer leisten müsse, wenn er nach Abschluß des Kaufs eine einzelne Sache anderweitig veräußert habe, den wahren Sachwerth oder den erhaltenen Kaufpreis. Hierauf antwortet er nun:

a) wenn die Sache bereits vor dem Erbschaftskauf veräußert war, so braucht der Erbe dem Erbschaftskäufer nur den für sie erhaltenen Preis zu restituiren. War hingegen

b) die Sache erst nach dem Erbschaftskauf veräußert, so muß der Erbe den wahren Sachwerth geben. Daraus würde aber folgen, daß, wenn die Sache beim Käufer untergegangen wäre, der Erbe gar nichts zu leisten hätte; den Kaufpreis nicht, weil seine Verpflichtung auf Leistung der Sache selbst geht, den Sachwerth nicht, weil der casus den Erben von der Leistung der Sache befreit hat. Dies Resultat würde nun auch in re singulari gelten, d. h. wenn Jemand eine einzelne Sache zweimal verkauft hätte. Der erste Käufer könnte weder

auf den Sachwerth, noch auf den vom zweiten Käufer erhaltenen Kaufpreis Anspruch machen. Allein beim Erbschaftskauf, sagt Paulus, kann man den Verkauf der einzelnen Sache unter den Gesichtspunkt der negotiorum gestio bringen, und es kann also der Erbschaftskäufer, ungeachtet er den Werth der verkauften Sache fordern könnte, dennoch den Verkauf derselben genehmigen und auf diesen Grund hin den für sie erhaltenen Kaufpreis in Anspruch nehmen. „Sed hoc“ fügt er hinzu „in re singulari non potest credi“; denn den Kaufpreis hat der Verkäufer nicht ex re, sondern propter negotiationem erhalten, er braucht ihn also dem ersten Käufer nicht herauszugeben, weil er diesem nicht zur negotiatio verpflichtet war. Der Erbe hingegen ist dem Erbschaftskäufer allerdings zur negotiatio wenigstens in der Art verpflichtet, „ut, si quid tanquam heres feci, id praestem emptori, quasi illius negotium agam.“ Der Erbe war zwar zum Verkauf der Sache nicht verpflichtet, allein daß er nichts destoweniger, wenn er verkauft hat, als negotiorum gestor aufgefaßt werden kann, ist durchaus nicht singulär, denn auch der Verkäufer eines Grundstücks muß die nach dem Verkauf durch seine Thätigkeit gewonnenen Früchte herausgeben, ungeachtet er zu dieser Thätigkeit nicht verpflichtet ist.

Paulus hat nun bei Gelegenheit des sub b. erwähnten Falles für den Verkauf der res singularis das Princip aufgestellt: rem deberi, non actionem. Dies Princip wendet er nun in den Worten: Quid, si rem, quam vendidi, alio possidente, petii auf den sub a. gesetzten Fall an, wenn nämlich der Verkäufer zur Zeit des Verkaufs die Sache nicht mehr besaß. Während beim Erbschaftskauf der Verkäufer hinsichtlich der einzelnen nicht in seinem Besitze befindlichen Sachen nicht zur Leistung der Sache, sondern nur zur Cession der Klagen oder des für die Sachen erhaltenen Kaufpreises verpflichtet ist, muß der Verkäufer einer einzelnen Sache wieder die Sache selbst leisten, einerlei ob er zur Zeit des Verkaufs sie besaß oder nicht, ob er in letzterm Falle mit oder ohne

seine Schuld den Besitz verloren hatte [1]. Wenn also seine Verpflichtung auf die Sache selbst geht, so kann weder er dem Käufer statt der Sache die Klagen aufdringen, noch kann umgekehrt der Käufer statt der Sache Cession der Klagen verlangen, mithin auch das nicht, was der Verkäufer durch Anstellung der Klagen gewonnen hat. Nur dann treten die Klagen an die Stelle der Sache, wenn der Verkäufer nach Abschluß des Verkaufs ohne seine Schuld den Besitz verloren hat (si sine culpa desiit detinere).

Versteht man nun den letzten Theil unserer Stelle (— Quid, si rem —) auf die angegebene Weise, so hat man sie von den innern Widersprüchen, an denen sie nach den bisherigen Erklärungen leidet, befreit und sie mit den übrigen Stellen in Einklang gebracht. Für meine Erklärung spricht nun außer diesem Resultate:

1) der Bau der ganzen Stelle. Paulus vergleicht den Kauf der Erbschaft mit dem einer einzelnen Sache und zwar nicht blos, was den Fall anbetrifft, wenn der Verkäufer nach dem Verkauf aufhörte zu besitzen, sei es mit Schuld (si vendidit) oder ohne Schuld (si sine culpa desiit detinere), sondern auch hinsichtlich des Falls, wenn der Verkäufer schon zur Zeit des Verkaufs nicht mehr besaß. Die Ausdehnung des Vergleichs auf den zweiten Fall war für Paulus von Wichtigkeit; er hatte nämlich im ersten Fall eine Verschiedenheit zwischen dem Verkauf einer res singularis und einer hereditas statuirt. (Si ergo hominem vendiderit, et is decesserit u. f.): Um sich dieserhalb zu rechtfertigen, lag es ganz in seinem Interesse, auf die ganz unzweifelhafte Verschiedenheit im zweiten Falle hinzuweisen. Die Art, wie er es thut, ist zwar nach Paulus' Weise etwas unverständlich;

---

1) L. 137. §. 4. de V. O. (45. 1.) ... Sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi. Est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum, quae promittuntur caet.

der Schlußsatz quid si rem scheint durch das vorhergehende gar nicht motivirt zu sein, ja kaum damit zusammenzuhängen. Allein er steht doch mit dem vorigen in Verbindung, nämlich mit den Worten: tibi enim rem debebam, non actionem: er führt dieses zunächst für den Fall: „si eundem hominem tibi vendidero et nec dum tradito eo alii quoque vendidero“ aufgestellte Princip auch für den Fall aus: „si rem vendidi alio possidente.“ Daran schließt sich endlich ganz natürlich der Fall an, wo der Verkäufer actiones suas praestare debebit, non rem.

2) Die Worte: „quid si rem, quam vendidi, alio possidente, petii müssen so verstanden werden: wenn ich meine von einem Dritten besessene Sache „verkaufe“; es muß „alio possidente“ auf vendidi, nicht auf petii bezogen werden, also muß das Komma zwischen vendidi und alio, das nach den gewöhnlichen Ausgaben auch Mühlenbruch und Hasse beibehalten haben, getilgt werden.

Bezieht man das alio possidente auf petii, so steht es ganz müßig da, denn das petii involvirt schon den Besitz eines Andern; am wenigsten würde der lakonische Paulus sich einen so albernen Zusatz haben zu Schulden kommen lassen. Auf vendidi bezogen hat derselbe einen guten Sinn. Wenn nun erwiesenermaßen in dem Fall, wo der Verkäufer die rei vindicatio anstellte und die litis aestimatio erhielt, der Besitz schon vor dem Verkauf der Sache verloren war, weshalb sollen wir denn nicht dasselbe annehmen hinsichtlich der Worte: et si vi dejectus vel propter furti actionem duplum abstulero? Hätte Paulus hier wieder auf den Fall einer nach dem Verkauf erfolgenden Besitzentsetzung zurückspringen wollen, so hätte er es ja auf irgend eine Weise andeuten müssen. Da er dies nun nicht thut, so ist er bei dem Fall: „si rem alio possidente vendidi“ geblieben. Dasselbe geht nun auch

3) aus den Worten: nam si sine culpa desiit detinere venditor hervor. Verstände man nämlich das: „si vi dejectus“ von einer Dejection nach dem Verkauf, so würde der

dejicirte Verkäufer nur seine Klagen zu cediren haben, weil er ohne culpa den Besitz verlor. Wenn Paulus nun aber sagt: nihil hoc ad emptorem pertinebit, den Dejectus also zur Leistung der Sache selbst verpflichtet, so geht daraus hervor, daß er nicht an den Fall dachte: si sine culpa desiit possidere, sondern an den Fall: si alio possidente rem vendidit.

Die bisherige Erörterung, zunächst darauf berechnet, die l. 21. de her. vend. mit den übrigen S. 30 u. 31. mitgetheilten Stellen in Einklang zu bringen, hat uns zwar schon über einige auf unsere Untersuchung bezügliche Nebenfragen Auskunft gegeben, uns nämlich gezeigt, daß der Verkäufer, wenn er die Klagen cediren muß, sich durch Anstellung derselben von dieser Verbindlichkeit nicht befreien kann, und daß er, wenn die schädliche Handlung des Dritten bereits vor dem Verkaufe vorgenommen ward, die daraus entspringenden Klagen nicht zu cediren braucht — allein die Hauptfrage bleibt noch zu erledigen, nämlich die, ob der Verkäufer zur Cession immer und ohne Ausnahme dann verpflichtet ist, wenn die schädliche Handlung des Dritten sich nach dem Verkaufe ereignete. Diese Frage mußte bis jetzt ausgesetzt bleiben, um einem ihre Erörterung störenden Einflusse der l. 21. de her. vend. vorzubeugen.

Was nun diese Frage betrifft, so habe ich schon oben gelegentlich angeführt, daß der Verkäufer zur Cession verpflichtet ist, wenn er hinsichtlich des Schadens sich nicht in culpa befindet. Dieses Princip, welches, wie gleich zu zeigen ist, in den Gesetzen ausdrücklich anerkannt ist, läßt sich aber wieder auf ein allgemeineres zurückführen, nämlich auf folgendes: wenn das schädliche Factum eines Dritten auf das periculum des Verkäufers geht, wenn also des letztern Verbindlichkeit dadurch weder aufgehoben, noch vermindert, kurz nicht afficirt wird, so ist die daraus entspringende Klage sein commodum. Dieses Princip umfaßt nicht blos die Fälle, wo das schädliche Factum durch eine culpa des Verkäufers herbeigeführt oder möglich gemacht wurde, sondern auch die Fälle,

wo er für die casus einstehen mußte, sei es der mora oder eines ausdrücklichen Versprechens wegen; ja es ist auch maßgebend für die erst weiter unten folgende Frage, in wieweit das lucrum propter negotiationem perceptum restituirt werden muß. Es enthält selbst aber wieder nur eine Anwendung der Regel: commoda cujusque rei eum sequuntur, quem sequuntur incommoda. Die „res", um deren commoda und incommoda es sich handelt, ist das schädliche Factum des Dritten; wenn der Verkäufer dem Käufer den Schaden ersetzen muß, so braucht er die Klagen gegen den Dritten nicht zu cediren, im entgegengesetzten Falle kann der Käufer die Cession verlangen. Die Verpflichtung des Verkäufers zur Cession hängt mit seinem Rechte aufs innigste zusammen, d. h. er muß die Klagen dann cediren, wenn er sich hinsichtlich des geschehenen Schadens durch die Cession befreien kann, umgekehrt kann der Käufer letztere nicht verlangen, wenn er sie nicht auch wider seinen Willen sich gefallen lassen muß.

Ich wende mich jetzt zum Beweise dieses Princips. Weil dasselbe jedoch nicht ausdrücklich in unseren Quellen anerkannt ist, so kann es nur auf indirectem Wege aus seinen einzelnen Anwendungen dargethan werden. Eine der wichtigsten ist, daß der Verkäufer die aus unerlaubten Handlungen Dritter entspringenden Klagen für sich behalten kann oder dem Käufer cediren muß, jenachdem er hinsichtlich jener Handlungen in culpa war oder nicht. Dieses Princip soll uns zunächst beschäftigen.

Daß nun der Verkäufer, wenn wir einstweilen von dem Falle der culpa absehen, die Klagen cediren muß, welche die Entziehung oder Beschädigung der Sache Seitens eines Dritten ihm verschafft hat, ist ganz in der Ordnung. Der Besitz oder das Eigenthum der Sache verschafft ihm jene Klagen ipso jure, ohne ein Zuthun von seiner Seite; er erwirbt sie ex re ipsa. Deshalb werden denn auch die Klagen neben den Früchten genannt, z. B. in l. 11. §. 10. Quod vi aut clam

(43. 24.) [1]. Weil nun in den meisten Fällen der Verkäufer hinsichtlich des schädlichen Factums außer aller Schuld sein wird, so ist es erklärlich, wenn einige Stellen sagen, der Verkäufer müsse die Klagen cediren, ohne im Fall der culpa eine Ausnahme zu machen. Es werden uns nun folgende Klagen genannt, die der Verkäufer und überhaupt der, welcher eine Sache zu leisten hat, dem Gläubiger cediren soll:

1) die actio legis Aquiliae [2]) l. 15. pr. ad leg. Aquil. (9. 2.) . . . cedere ea legatario heredem oportet. l. 18. §. 1. Soluto matrim. (24. 3.) . . . ceterum si circa interitum rei dotalis dolus malus et culpa mariti absit, actiones solas, quas eo nomine quasi maritus habet, praestandas mulieri velut furti vel damni injuriae.

§. 3. I. de emtione (3. 24.) . . . Idem etiam est de furti et de damni injuriae actione;

2) die actio vi bonorum raptorum. l. 1. pr. de act. emti (19. 1.);

3) die vindicatio.

§. 3. I. de emtione (3. 24.) . . . . Utique tamen vindicationem rei et condictionem exhibere debebit.

L. 35 §. 4. de contr. emt. (18. 1.) . . . ut tamen vindicationem rei et condictionem exhibeat emtori: unde

---

1) Sed eam actionem sicut fructus medio tempore perceptos venditi judicio praestare cogendum ait. Ebenso in l. 4. §. 4. de in diem add. (18. 2.)

2) Statt der Cession der actio leg. Aq. wird in l. 18. §. 5., l. 19. de dolo (4. 3.) dem Gläubiger gegen den, welcher das versprochene Thier getödtet hat, die actio de dolo gegeben. Merkwürdigerweise wird hier nämlich dem Schuldner die act. legis Aq. abgesprochen: „quia tu a me liberatus sis: ideoque leg. Aq. actio tibi denegabitur.“ Man sehe dagegen die l. 80. pr. de furtis (47. 2.) Es heißt hier von dem Fall, daß die von mir verkaufte Sache ohne meine culpa gestohlen wird: magis est, ut mihi furti competat actio, et mea videtur interesse, quia dominium apud me fuit vel quoniam ad praestandas actiones teneor. Läßt sich nicht dasselbe von der act. leg. Aquil. behaupten?

videbimus in personam ejus, qui alienam rem vendiderit: cum is nullam vindicationem aut condictionem habere possit, ob id ipsum damnandus est, quia si rem suam vendidisset, potuisset eas actiones ad emtorem transferre;

4) Interdictum quod vi aut clam, aquae pluviae arc. actio, act. ex cautione damni infecti.

L. 11. §. 10. Quod vi aut clam (43. 24.)

L. 4. §. 4. de in diem add. (18. 2.)

L. 16. de aqua et aq. pl. arc. (39. 2.) . . . idque eum emtori restituere debet. l. 13. §. 12. de act. emti (19. 1.) ... actio emptori praestanda est, damni forte infecti, vel aquae pluviae arcendae vel Aquiliae vel interdicti: quod vi aut clam;

5) die actio furti, condictio furtiva.

§. 3. I. cit. de emt. (3. 24.)

L. 35. §. 4. cit. de contr. emt. (18. 1.)

L. 18. §. 1. cit. Sol. mat. (24. 3.)

L. 14. pr. de furtis (47. 2.) . . . mandare eum plane oportebit emtori furti actionem et condictionem et vindicationem.

So wenig Bedenken es nun hat, daß der Verkäufer die unter 1—4 genannten Klagen cediren soll, so auffallend ist dies hinsichtlich der beiden unter 5 genannten. Es soll ja bekanntlich der Verkäufer, da er die custodia zu prästiren hat, für den Diebstahl einstehen. Wenn nun das furtum eine culpa des Verkäufers voraussetzt, so müßte er ja nach unserer Theorie die aus dem furtum entspringenden Klagen für sich behalten können. Allein dieser Einwand beseitigt sich durch die von Hasse [1]) bis zur Evidenz bewiesene Bestimmung, daß der Verkäufer dann nicht für den Diebstahl einzustehen braucht, wenn

1) Die Culpa des Röm. Rechts. Aufl. 2. Zehntes Kapitel. S. 303 —358. S. namentlich l. 14. §. 6., 12 de furtis.

er außer aller culpa war. Deshalb heißt es auch in einigen der sub 5. angeführten Stellen, z. B. in l. 18. §. 1. Soluto matr. ... si dolus malus et culpa mariti absit, in §. 3. I. de emt. ... ita ut neque dolus, neque culpa venditoris intervenerit. In andern Stellen heißt es umgekehrt wieder: Der, welcher die custodia zu prästiren habe, könne das, was er durch Anstellung der actio furti erhalten, für sich in Anspruch nehmen, z. B. in l. 6. locati (19. 2.): Is, qui rem conduxerit, non cogitur restituere id, quod rei nomine furti actione consecutus est, in l. 22. §. 3. Cod de furtis (6. 2.), während man nach andern Stellen die Beschränkung hinzufügen muß: „wenn er in culpa war" z. B. nach l. 14. §. 12. de furtis (47. 2.) Quodsi conduxerit quis, habebit furti actionem, si modo culpa ejus subrepta sit res [1]).

In der Regel muß also der, welcher eine Sache zu leisten hat, auch die Klagen cediren, welche ihm durch die Beschädigung, Entwendung und Vernichtung der Sache Seitens eines Dritten zu Theil geworden sind. Wenn er nun selbst die Klagen anstellte, so muß er, wie wir oben gesehen haben, auch das Erhaltene herausgeben. Allein, wenn er mehr erhielt, als worauf die Klage ging, oder weniger, nützt und schadet dem Gläubiger der Ausgang des Processes?

Man kann nun die Anstellung der Klage unter einen zwiefachen Gesichtspunkt bringen, entweder nahm der Schuldner sie in eigennütziger Absicht vor oder als negotiorum gestor des Gläubigers. In jenem Falle braucht er den Ueberschuß nicht herauszugeben; er haftet nur für die actio, also, wenn er sie nicht mehr leisten kann, für ihren Werth, d. h. nicht schlechthin auf den Betrag der Klage, sondern auf soviel, als letztere mit Rücksicht auf die Solvenz oder Insolvenz des Schuldners werth war [2]). So wenig nach l. 21. de

1) S. auch l. 2. pr. Si quadrupes (9. 1.)

2) L. 63. §. 1. ad leg. Falc. (35. 2.) Cujus debitor solvendo non est, tantum habet in bonis, quantum exigere potest. l. 18. §. 1., l. 31. §. 3. de mort. c. donat. (39. 6.)

her. vend. der Käufer das verlangen kann, was der Verkäufer durch einen abermaligen Verkauf der Sache gewonnen hat, sondern nur den wahren Werth der Sache, so wenig würde auch in unserm Falle der Gläubiger deswegen mehr, als den wahren Werth der Klage verlangen können, weil der Schuldner durch unbefugte Anstellung der Klage mehr bekommen hat. Umgekehrt aber könnte der Gläubiger auch den ganzen Betrag der Klage fordern, ungeachtet der Schuldner weniger bekommen hätte. Letzterer stellte die Klage auf sein periculum an; ihn träfe das commodum, wie das incommodum. Klagte er hingegen als neg. gestor des Gläubigers, so trifft letztern das periculum. Der Schuldner braucht also nicht mehr herauszugeben, als er selbst erhielt, es sei denn daß er in culpa war [1]; erhielt er aber mehr, als worauf die Klage ging, so muß er gleichfalls das Ganze herausgeben. Dies bestimmen hinsichtlich des neg. gestor die l. 8. §. 1., l. 23. de neg. gest. (3. 5.), hinsichtlich des Procurators l. 46. §. 4. de procur. (3. 3.), hinsichtlich des creditor pigneratitius die l. 12. §. 1. de distr. pign. (20. 5.) . . . . si majores fructus forte petens a possessore creditor abstulit, universos in quantitatem debitam accepto ferre debebit. Dasselbe muß auch von dem Verkäufer einer Erbschaft und dem, welcher bona fide eine fremde Erbschaft besitzt, gelten [2], denn beide werden wie negotiorum gestores behandelt. Wenn nun in unserm Falle der Verkäufer erwiesenermaßen die Absicht hatte, durch Anstellung der Klagen das negotium des Käufers zu geriren, so

---

1) l. 8. pr. de leg. III. (32.) id tantum, quod per judicem exegerit, praestare fideicommissario cogetur, vel si non exegerit, actione cedere; ad eum enim litis periculum spectare iniquum est, si non culpa legatarii lis perierit.

2) L. 2. §. 7. de her. vend. (18. 4.) und l. 20. §. 18. de her. pet. (5. 3.) scheinen entgegenzustehn, allein dies ist nur scheinbar. Denn sie sprechen gar nicht von dem Fall, wo eine erbschaftliche Klage angestellt ward, sondern wo der Besitzer oder Verkäufer der Erbschaft ein reines indebitum erhielt, also etwas, was gar nicht mit der Erbschaft selbst zusammenhing. S. oben S. 15.

versteht sich alles von selbst; allein der Uebelstand ist nur dabei, diese Absicht immer in concreto zu beweisen. Deshalb würde es sehr wichtig sein, wenn es sich vertheidigen ließe, daß es auf diesen Beweis nicht ankäme, sondern daß man schon in abstracto die Regel aufstellen könnte: in dem factum der Klag=Anstellung liege schon die negotiorum gestio. Und dies glaube ich allerdings behaupten zu können. Denn, wenn das negotium ein alienum war, braucht der neg. gestor, um als solcher in Anspruch genommen zu werden, nicht die Absicht gehabt zu haben, jenes negotium für den zu geriren, den es anging [1]).

Wenn nun die Anstellung der Klage Seitens des Schuldners objectiv als das negotium des Gläubigers aufzufassen wäre, so müßte der Schuldner nach den Grundsätzen der negot. gestio alles restituiren, was er durch die Klage erhielt. Jener Auffassung scheint aber im Wege zu stehen, daß Paulus in der oben besprochenen l. 21. de her. vend. (18. 4.) den abermaligen Verkauf der bereits einem Andern verkauften Sache nicht als ein negotium des ersten Käufers angesehen wissen will. Man könnte nämlich sagen: Der Verkäufer, der die actio legis Aquiliae, welche er dem Käufer cediren müßte, selbst anstellt, gerirt doch nicht mehr das negotium des Käufers, als der Verkäufer, welcher, statt die verkaufte Sache zu

---

1) L. 6. §. 3. de neg. gest. (3. 5.) Si quis negotia mea gessit, non mei contemplatione, sed sui lucri causa: Labeo scripsit suum eum potius, quam meum negotium gessisse: qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilo minus, imo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. Nur dann wird von dem neg. gestor die contemplatio mei gefordert, wenn das geführte negotium nicht das meinige war l. 6. §. 9. 10. ibid..... Sic ratihabitio constituet tuum negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum. Man kann sagen: das subjective Moment bei der neg. gestio hat nur die Bedeutung, den Mangel des objectiven zu ergänzen; wo letzteres vorhanden ist, ist die Existenz oder der Mangel des erstern für den dominus negotiorum irrelevant.

tradiren, sie wiederum einem Andern verkauft. Allein dieser Vergleich ist unstatthaft. Denn während die Anstellung einer Klage eine nothwendige, d. h. durch ihre Bestimmung ausschließlich gegebene Benutzung derselben ist, während also der Käufer sich der Klage auf dieselbe Weise bedient haben würde, wie der Verkäufer, läßt sich dies hinsichtlich des abermaligen Verkaufs nicht sagen. Würde denn der Käufer die kaum erhaltene Sache sofort wieder verkauft haben? Dies können wir darum nicht bestimmen, weil die Veräußerung einer Sache nicht die einzige Art ihrer Benutzung ist. Da wir dies nun nicht sagen können, so läßt sich auch nicht behaupten, daß der Verkäufer durch abermaligen Verkauf das negotium des Käufers gerirt habe; es müßte erst noch der animus negotia gerendi hinzukommen. Hingegen mit den Klagen konnte auch der Käufer nichts anderes anfangen, als sie anstellen. Es lassen sich noch mehre Differenzpunkte auffinden, jedoch wird wohl Niemand es für nöthig halten, sie namhaft zu machen. So gut Paulus [1]) den Verkäufer hinsichtlich der gezogenen Früchte unter den Gesichtspunkt des negot. gestor bringt, so gut dürfen auch wir es hinsichtlich der Anstellung der Klagen. Es muß also der, welcher eine Klage cediren muß, sie aber selbst angestellt hat, alles, was er durch sie erhielt, herausgeben, mochte nun die Klage auf soviel gehn, als er erhielt, oder nicht [2]), mochte im erstern Falle der Schuldner später insolvend geworden sein, der Werth der Klage also, wenn

---

1) L. 21. de her. vend. (18. 4.) ... quasi illius negotium agam, quem ad modum fundi venditor fructus praestet bonae fidei ratione, quamvis si neglexisset ut alienum nihil ei imputari possit.

2) S. auch S. 16. u. l. 55. de her. pet. (5. 3.): Evicta hereditate bonae fidei possessor quod lege Aquilia exegisset, non simplum, sed duplum restituet: lucrum enim ex eo, quod propter hereditatem acceperit, facere non debet. Die Stelle spricht zwar nicht vom neg. gestor, daß sie aber auf ihn angewandt werden kann, unterliegt keinem Zweifel, indem die Verbindlichkeit des letztern der des Besitzers einer fremden Erbschaft ganz gleich steht (S. weiter unten).

letztere jetzt cedirt werden müßte, sich bedeutend vermindert haben, oder nicht [1]).

Es bleibt mir jetzt noch der Beweis zu erbringen, daß die Verpflichtung zur Cession der Klagen dann hinwegfällt, wenn der Schuldner hinsichtlich der Thatsache, aus der sie entstanden, in culpa war. Schon oben sind die beiden Hauptstellen angeführt, nämlich l. 6. locati (19. 2.) und l. 22. §. 3. Cod. de furtis (6. 2.). Die letzte Stelle behandelt die Frage, ob der Commodatar, wenn er sich die commodirte Sache hat stehlen lassen, das, was er durch Anstellung der actio furti erhalten, dem Commodanten herausgeben muß, oder aber ihn mit der res oder deren aestimatio abfinden kann. Justinian erzählt uns, es sei diese Frage von den alten Juristen verschieden beantwortet, und Papinian habe sogar seine Meinung darüber gewechselt. Der Commodans könne nun zwar, wenn er den ganzen Gewinn vom Commodatar heraus verlange, für sich anführen, daß die condemnatio des Diebes „ex rei suae occasione" entsprungen sei, allein er, Justinian, wolle der secunda definitio des Papinianus folgen, in qua lucrum statuit minime ad dominum rei pervenire: ubi enim periculum, ibi et lucrum collocetur: ne sit damno tantum deditus, qui rem commodatam accepit, sed liceat ei etiam lucrum sperare.

---

1) L. 23. §. 1. de her. vend. (18. 4.) Nominis venditor quidquid vel compensatione vel exactione fuerit consecutus, integrum emtori restituere compellatur. Das im Text entwickelte Princip gilt natürlich auch für den Fall, wenn der Gläubiger auf andere Weise, als durch Anstellung der Klage seine Befriedigung erhalten hat, z. B. durch Compensation. Es ist um so wichtiger, ihn in dieser Beziehung als neg. gest. zu behandeln, wenn er auch nur den reinen Betrag seiner Forderung erhalten hat, als im Fall einer Insolvenz seines Schuldners die Klage weit weniger werth sein würde, als was der Gläubiger jetzt durch Compensation erhalten hat. Faßte man hier den Gläubiger nicht als neg. gestor auf, so würde er, da er die Klage nicht mehr cediren kann, blos den Werth derselben leisten müssen.

Von sehr großer Wichtigkeit ist uns diese Stelle deswegen, weil sie uns zeigt, daß wir von dem Princip: quem sequuntur incommoda, eum et commoda sequi debent für unsere Frage Gebrauch machen dürfen. Daß Justinians Entscheidung blos den Fall eines Commodats betrifft, kann natürlich kein Hinderniß abgeben, denn der Grund: ubi enim periculum, ibi et lucrum collocetur, ist ein ganz allgemeiner. Wir dürfen also sagen: wo der Schuldner das periculum des der Sache zustoßenden Schadens zu tragen hat, da hat er auch das commodum desselben, die daraus entspringenden Klagen. Man könnte hiergegen einwenden [1]), daß Justinian in der citirten l. 22. §. 1. Cod. dem Commodanten, wenn der Commodatar die actio furti noch nicht angestellt hat, die Wahl zuspricht, den Commodatar oder den Dieb in Anspruch zu nehmen, während doch nach unserm Princip nur der Commodatar die actio furti haben müßte. Allein diesem Einwande könnte man wieder entgegensetzen, daß Justinian im Anfange der Stelle selbst gesteht: et hoc quidem paene jam fuerat confessum, ut habeat ipse actionem, nisi inopia dignoscatur lobarare; tunc enim furti actionem domino competere dicebant, daß er also gegen die juristische Consequenz dem Herrn die Wahl einräumt; daß er seine Entscheidung in

1) Einen andern Einwand könnte man aus l. 15. pr. de furtis (47. 2.) und l. 22. pr. de pigner. act. (13. 7.) entnehmen. In diesen Stellen wird bestimmt: der Pfandgläubiger solle, wenn ihm die Sache gestohlen sei, totum, quidquid (furti actione) percepit, debito imputare und id, quod debitum excedit, pigneratitia actione debitori praestare. Diese Stellen können jedoch erst unten besprochen werden. (S. 74.) In der l. 22. pr. cit. sind bemerkenswerth die Worte: „et est verum, etiamsi culpa creditoris furtum factum est.“ Daß der Jurist den Fall der culpa noch ausdrücklich hervorhebt, zeigt, daß dieser Fall etwas Bedenkliches haben mußte. Offenbar dachte der Jurist an die im Texte entwickelte Regel und deswegen hielt er es für nöthig, ihre Anwendbarkeit in dem ihm vorliegenden Falle ausdrücklich auszuschließen, obgleich die Unanwendbarkeit desselben sich schon von selbst aus dem Verhältnisse des Pfandgläubigers zum Pfandschuldner ergab. (S. 74.)

§. 3. auf ein anerkanntes Princip zurückführt, während er sich in §. 1. aus seinen theoretischen Aengsten („in tanta rerum difficultate") nicht anders zu retten weiß, als daß er den Knoten aus allerhöchster Machtvollkommenheit durchhaut („placuit nobis"). Hierzu kommt noch, daß der Commodant die actio furti sich nicht erst vom Commodatar cediren zu lassen braucht, während es uns ja gerade um die Cession zu thun ist, daß ferner der Commodatar die actio furti nur dann hat, si ejus interest [1]), während dies Interesse sich beim Verkäufer schon von selbst versteht [2]), z. B. auch bei einem Diebstahle, hinsichtlich dessen er sich nicht in culpa befand, dem Käufer also nicht zu haften braucht.

Wie aber auch immer der §. 1. unserer Stelle beseitigt werden möge, wir sehen aus dem §. 3., daß Justinian sich des Princips: cujus est incommodum, ejus et commodum esse debet bedient; damit ist aber das, was wir beweisen wollten, nämlich die Anwendbarkeit jenes Princips dargethan. Es ließen sich für unsern Zweck noch einige andere Stellen anführen, z. B. l. 12. pr. de furtis (47. 2.) und einige andere aus demselben Titel, in denen es heißt: weil der Besitzer das periculum des furtum trägt, deswegen soll er auch die actio furti haben, wo er aber das periculum nicht trägt, soll er auch die Klage nicht haben, so daß denn die Klagen als ein pretium periculi aufzufassen wären. Wichtiger aber ist eine Stelle, der wir schon oft begegnet sind, nämlich die l. 21. de her. vend. (18. 4.). Am Ende derselben heißt es: nam si sine culpa desiit detinere venditor, actiones suas praestare debebit, non rem et sic aestimationem quoque. Daraus folgt durch das argumentum a contrario: si culpa desiit detinere, actiones suas praestare debebit. Man könnte gegen diese Argumentation Bedenken erregen und

1) L. 10. 11. l. 14. §. 14. §. 17. l. 76. §. 1. de furtis (47. 2.) namentlich l. 90. ibid.

2) L. 80. pr. de furtis: ... mea videtur interesse, quia dominium apud me fuit vel quoniam ad praestandas actiones teneor.

etwa behaupten: Paulus wolle nur sagen, daß der Verkäufer, im Fall er nicht in culpa gewesen sei, seine Klagen cediren könne, damit sei aber nicht gesagt, daß nicht der Käufer auch in dem Fall, wenn der Verkäufer in culpa gewesen sei, statt der Sache oder deren aestimatio die Cession der Klagen fordern könne[1]. Allein man braucht nur die vorhergehenden Worte unserer Stelle anzusehn, um sich von der Grundlosigkeit eines solchen Einwandes zu überzeugen. Paulus behandelte nicht die Frage: ob der Verkäufer sich durch Cession der Klagen oder durch Herausgabe des gemachten Gewinnes von der Leistung der Sache befreien könne, sondern die: ob der Käufer statt der Sache das verlangen könne, was der Verkäufer durch abermaligen Verkauf der Sache oder durch Anstellung der rei vindicatio, actio furti u. s. w. gewonnen hat. Während er hierauf nun antwortet: nihil hoc ad emtorem pertinebit, fügt er dann hinzu: nam si sine culpa desiit detinere, actiones praestare debebit, was denn nach dem ganzen Zusammenhange nichts anderes heißen kann, als: nur dann, wenn der Verkäufer nicht in culpa war, muß er die Klagen cediren; war er hingegen in culpa, oder kann er aus einem Grunde, der bereits vor dem Verkauf existirte, die Sache selbst nicht leisten, so haftet er für ihre aestimatio, nicht aber für das, was er durch Anstellung der Klagen gewann.

Eine weitere äußere Beglaubigung weiß ich für unsern Beweissatz: „daß der Schuldner, wenn er seiner culpa wegen für einen Schaden, welcher der Sache von einem Dritten zugefügt wurde, haften muß, auch die ihm gegen den Dritten zustehenden Klagen für sich behalten kann," nicht beizubringen. Eine innere Bestätigung wird aber noch die folgende

1) Hasse die Culpa des Röm. Rechts. S. 312 meint: „es erfordere schon die bona fides, daß der Verkäufer sich dessen (der Cession) nicht weigere." Allein mit bona fides und aequitas könnten wir das ganze Recht über den Haufen werfen. Die heutige Jurisprudenz darf keine bona fides und aequitas mehr kennen; daß sie es nicht darf, ist ihr Vorzug vor der römischen.

Ausführung geben, in der wir ein allgemeineres Princip an die Stelle des bisher erörterten setzen werden, ein Princip nämlich, das nicht blos auf den Fall der culpa des Schuldners paßt, sondern auf alle Fälle, in denen der Schuldner die die Sache betreffenden Klagen nicht zu cediren braucht.

Außer dem bisher besprochenen Falle braucht nämlich der, welcher zur Herausgabe einer Sache verpflichtet ist, die Klagen nicht zu cediren 1) wenn der Grund der Klage schon vor dem Verkauf eingetreten ist (S. 35 u. f.); 2) wenn die Klage aus einem Rechtsgeschäfte desselben entsprungen ist, das er nicht als negot. gestor des Gläubigers geschlossen hat [1]). Worin kommen nun diese drei Fälle überein? In allen drei Fällen kann weder der Gläubiger statt der Sache die Klagen fordern, noch der Schuldner ihm statt jener diese aufdringen. Der Umstand also, aus dem die Klagen hervorgegangen sind, ist für das obligatorische Verhältniß ganz irrelevant. Daß der Schuldner zur Zeit des Verkaufs nicht besaß, daß er später den Besitz oder das Eigenthum absichtlich aufgab oder durch seine culpa verlor, befreit ihn nicht von seiner Verbindlichkeit; es sind also Thatsachen, die des Gläubigers Interesse nicht berühren, sondern allein auf das periculum des Schuldners gehn. So wenig nun der Gläubiger das incommodum jener Umstände zu tragen braucht, so wenig soll er auch auf das commodum derselben Anspruch machen. Wie der Gläubiger, **weil** er das periculum der Sache trägt, **die** Klagen verlangen kann, die dem Schuldner durch die Vernichtung oder Beschädigung der Sache zu Theil geworden sind, so soll auch der Schuldner, inwieweit er das periculum eines Umstandes trägt, insoweit auch die daraus hervorgehenden Klagen haben. Wir können also folgendes Princip aufstellen: „das Recht beider Parteien auf Cession ist ganz gleich; jede derselben muß sich die Cession gefallen lassen, wenn sie selbst sie verlangen kann, und sie kann sie nicht verlangen, wo sie sich sie nicht

---

1) L. 21. de her. vend. (18. 4.) Die weitere Ausführung folgt unten.

gefallen zu lassen braucht." Es wird kaum nöthig sein zu bemerken, daß die Klage, um deren Cession es sich handelt, auch wirklich aus dem Umstande hervorgegangen sein muß, der auf das periculum der auf die Cession dringenden Partei ging. Wenn mir z. B. der A 100 versprach, auf den Fall, daß meine Sache untergehen würde, diese Sache dann von mir an den B verkauft und darauf von dem C vernichtet wurde, so kann B zwar Cession der act. legis Aquiliae gegen den C verlangen, allein nicht meine Klage gegen den A, denn diese ging nicht aus der Vernichtung der Sache, sondern aus dem Versprechen des A hervor. Wenn nun der C selbst mir auf den Fall, daß er meine Sache vernichten würde, das Doppelte versprochen hätte, so brauchte ich hier dem Käufer nur die act. legis Aq. zu cediren, oder, wenn C mich in Güte abgefunden hätte, aber mir mehr gezahlt, als ich fordern konnte, nur soviel herauszugeben, als worauf die act. leg. Aq. ging[1]). Ebenso brauchte ich dem Käufer, wenn ich die Sache noch einmal verkauft hätte, und sie dann untergegangen wäre, nicht meine Klage gegen den zweiten Käufer zu cediren, denn diese habe ich nicht durch den Untergang der Sache, sondern propter negotiationem.

Sowie nun der Verkäufer die Klagen nicht zu cediren braucht, wenn der Grund derselben eine culpa auf seiner Seite voraussetzte, eben weil er dieser culpa wegen das periculum der Schaden bringenden Thatsache tragen muß, und mithin auch das commodum derselben in Anspruch nehmen kann, so braucht er sich gleichfalls nicht zur Cession der Klage zu verstehen, wenn er aus einem andern Grunde das periculum der Sache zu tragen hatte, also z. B. wenn er es freiwillig übernommen hatte oder in mora war. Auch dem Beklagten bei der rei vindicatio muß man dasselbe Recht einräumen, da er nach der Litis contestatio dem Vindicanten ebensogut obligirt

---

1) Ich erinnere an die schon oben citirte l. 3. pr. §. 1. ad leg. Falc. (35. 2.) ... eam pecuniam non ex hereditate, sed ex decisione habet.

ist, wie jeder Schuldner. Es tritt hier jedoch für den Fall des dolus eine Ausnahme ein, die wir sogleich mittheilen wollen. Was nämlich die Frage betrifft, ob es Ausnahmen unseres Princips giebt, so könnte man hier deren zwei annehmen. Zuerst haben wir nämlich schon oben zwei Stellen kennen lernen, welche für den Pfandgläubiger eine Ausnahme zu machen scheinen, nämlich l. 15. pr. de furtis (47. 2.) und l. 22. de pign. act. (13. 7.). Der Pfandgläubiger soll nach diesen Stellen alles, was er durch Anstellung der actio furti erhielt, selbst dann auf seine Forderung anrechnen, wenn ihm hinsichtlich der Entwendung eine culpa zur Last fällt, wo er also sich nicht durch Cession der Klagen befreien könnte. Es erklärt sich jedoch diese Ausnahme aus der Natur des Pfandvertrages. Der Pfandgläubiger soll jeden Gewinn, den er mit der Sache macht, stütze er sich nun rein auf die Sache selbst, oder auf eine negotiatio des Gläubigers, auf die Schuld anrechnen; denn er ist hinsichtlich der Sache ein Stellvertreter des Schuldners und muß daher als solcher letzterem alles restituiren, was er auf irgend eine Weise mit der Sache gewonnen hat. Als solcher ist er nun auch zu behandeln, wenn er die actio furti anstellt, mag er hinsichtlich des Diebstahls in culpa gewesen sein oder nicht; denn im Interesse des Schuldners muß er ja in beiden Fällen die Sache wieder fordern. Was nun von ihm gilt, muß um so mehr vom Mandatar gelten, und dasselbe muß man wohl vom negot. gestor [1]) behaupten. Diese drei Personen stehen sich, was den Gewinn betrifft, den sie bei ihrer Geschäftsführung gemacht haben, auch in manchen andern Beziehungen gleich [2]), und andern Personen, die nicht zum positiven Handeln verpflichtet sind, gegenüber. Der Grund kann nur der sein, daß sie verpflichtet sind, das Interesse dessen, den sie vertreten, wahrzunehmen. Wenn es nun im Interesse des Letztern war, statt der Sache, die sie in

1) Also auch vom Vormunde, und von dem Verkäufer der Erbschaft (S. 74.) 2) S. S. 45 u. 74.

seinem Namen haben und die ihnen durch ihre culpa gestohlen ist, die Klagen, die ihnen dieserhalb zustehen, zu bekommen, weil z. B. der Dieb bekannt und solvend ist, so müssen sie sich selbst ihre Verpflichtung hinsichtlich des Diebstahls erlassen [1]). Dann haben sie keine Klagen mehr, quia nihil eorum interest [2]), sondern diese fallen an den Herrn zurück; wenn sie dieselben dennoch anstellen, so thun sie es als Vertreter des Herrn. Wir müssen nämlich eine doppelte Qualität in diesen Personen unterscheiden: einmal sind sie dem Herrn darum verpflichtet, weil sie sich die Sache durch ihre culpa haben stehlen lassen, und als solche würden sie nach allgemeinen Grundsätzen die act. furti für sich selbst anstellen können, dann aber sind sie auch wieder Vertreter des Herrn, und als solche müssen sie, wenn es dem Herrn vortheilhaft ist, sich selbst ihre Verpflichtung wegen des Diebstahls erlassen, wodurch denn die Klagen auf den Herrn zurückfallen. Daß eine solche Unterscheidung zweier Personen in einer Person den Römern nicht unbekannt war, zeigen die in der Note citirten Stellen.

Eine andere Ausnahme enthält die l. 17. §. 1. de R. V. (6. 1.) verb.: Quod si dolo malo possessor desierit possi-

1) Beispiele einer solchen Verpflichtung, gegen sich selbst ebenso zu verfahren, wie es der, dessen Interesse man vertritt, gethan haben würde, kommen in unsern Quellen öfter vor, namentlich im Titel de negotiis gestis (3. 5.) nämlich l. 6. §. 12... certe si quid a se exigere debuit, proculdubio hoc ei imputabitur.. l. 8. pr., l. 19. §. 3., l. 38., l. 31. §. 1. de hered. pet. (5. 3.).. quid tamen, si expediebat petitori, id debitum esse dissolutum propter poenam vel aliam causam? Potest dici ipsum sibi vel solvisse vel debuisse solvere. l. 31. mandati (17. 1.) Si negotia mea mandavero gerenda ei, qui mihi actione in quadruplum tenebatur, post annum vero in simplum, et si post annum cum eo mandati agam, praestare mihi quadruplum debebit: nam qui alterius negotia administranda suscepit, id praestare debet in sua persona, quod in aliorum.

2) L. 90. de furtis (47. 2.) Fullo actione locati de domino liberatus est; negat eum furti recte acturum Labeo.

dere et aliquis hominem injuria occiderit, aut pretium aut actiones suas praestare cogetur, utrum eorum voluerit actor. Nach unserm Princip müßte der Kläger nur die Sache in Anspruch nehmen können, die Klagen aber müßte man dem Beklagten zugestehn, weil er den casus trägt. Weshalb hat nun Ulpian in jener Stelle unser Princip verlassen? Auf den ersten Augenblick scheint der Grund nur im dolus des Beklagten zu suchen zu sein. Allein Ulpian kann auch auf ein anderes Moment Gewicht gelegt haben, nämlich darauf, daß die Klagen dem Besitzer während des Processes zu Theil geworden sind. Er sagt nämlich in derselben Stelle: lucrum (enim) ex eo homine, qui in lite esse coeperit facere non debet. Daß nun in unserm Fall der Besitzer nicht vor, sondern während des Processes den Besitz aufgab, bedarf kaum einer Bemerkung. Denn der Besitzer hat ja durch die Tödtung des Sklaven die act. legis Aquiliae bekommen, er ist also Eigenthümer desselben gewesen. Wäre er dies nun vor dem Processe bereits gewesen, so hätte ja der frühere Eigenthümer gar nicht mit Erfolg vindiciren können. Daraus nun, daß letzterer zu Anfang des Processes noch Eigenthümer war, der Beklagte aber während desselben die Usucapion vollendet, geht hervor, daß er wenigstens bis zur vollendeten Usucapion besessen und erst nachher seinen Besitz aufgegeben hat. Auf welches Moment sollen wir nun Gewicht legen, auf den dolus des Beklagten oder darauf, daß ihm die Klagen während des Processes zu Theil geworden sind? Ich glaube auf das erste, denn Ulpian spricht in dem vorhergehenden Satze von dem Fall, wenn dem Besitzer ohne seine culpa oder dolus die act. legis Aq. zu Theil geworden ist, und legt ihm blos die Pflicht zur Cession auf. In dem folgenden Satze zeigt er denn, daß die böswillige Aufgebung des Besitzes den Beklagten alternativ verpflichte, entweder zur Zahlung des Preises oder zur Cession der Klagen und zwar nach der Wahl des Klägers. Daß nun Ulpian gegen unser Princip dem Kläger die Wahl zuspricht, läßt sich nicht blos moralisch,

sondern auch juristisch rechtfertigen, d. h. es folgt schon aus andern Rechtsprincipien. Denn es hängt ja von dem Kläger ab, ob er den dolus des Beklagten urgiren will oder nicht. Thut er es nicht und fordert er Cession der Klagen, so kann der Besitzer ihn nicht mit dem Werth der Sache abfinden. Denn er müßte ja die Voraussetzung, unter der er für die Sache selbst einstehen muß, beweisen, nämlich, daß er doloser Weise den Besitz aufgegeben hätte. Wer würde aber eine Partei zu einem solchen Beweise zulassen? Man könnte aber dieses Argument gegen mich wenden und damit für den Fall der culpa dasselbe beweisen wollen. Wenn z. B. der Käufer vom Verkäufer Cession der act. furti fordert, letzterer aber, weil das furtum durch seine culpa geschehen, sich nur zur Leistung der Sache verpflichtet hält, so müßte der Käufer die Abwesenheit der culpa beweisen, und der Verkäufer würde mit seiner Selbstanklage gehört werden müssen, ja, wenn es sich z. B. um die actio legis Aquiliae handelte, müßte ihm sogar der Beweis seiner culpa aufgelegt werden. Diese Consequenz muß ich nun allerdings zugeben, so sehr ich auch befürchte, daß sie gerade manchen Leser gegen die Richtigkeit meiner obigen Ausführung einnehmen wird. Allein in der That ist sie doch nicht so abnorm, wie es auf den ersten Anblick scheint. Wissen wir doch, daß die Personen, welche hinsichtlich der ihnen übergebenen Sache custodia zu prästiren haben, nur dann wegen einer Entwendung derselben die actio furti haben sollen, wenn sie in culpa waren. Auch hier ist ja ihre culpa die Bedingung ihrer Klage, und wenn gleich dieselbe nicht mehr zum Beweise verstellt zu werden braucht, weil sie beim Diebstahl präsumirt wird, so stützen sie doch ihre Klage immer auf ihre culpa. Während sie nun, die sich selbst der culpa anklagen, mit diesem Vorwurfe gehört werden, heißt es dagegen vom Depositar [1]), der nur dann für den Diebstahl haftet, wenn er in dolo war: quod si dolo fecit, jam quidem

---

1) L. 14. §. 3. de furtis (47. 2.)

periculum ipsius est, sed non debet ex dolo suo furti quaerere actionem. Es soll nach l. 11. de furtis der, welcher ein Interesse daran hat, dann die act. furti haben, si honesta causa interest; daraus nun, daß diese actio im Fall der culpa gegeben wird, folgt, daß die bloße culpa noch keine inhonesta causa ist, und daß man hier von dolus nicht auf die culpa schließen darf.

Das Resultat des bisherigen ist denn, daß der, welcher eine Sache zu leisten hat, die Cession der Klagen oder die Herausgabe des durch ihre Anstellung gewonnenen in der Regel dann verweigern darf, wenn er, um sich hinsichtlich seiner Verpflichtung in Beziehung auf die Sache selbst zu befreien, den Gläubiger zur Annahme jenes Surrogats nicht zwingen konnte. Ich wende mich jetzt zu dem lucrum propter negotiationem perceptum.

IV.

Lucrum propter negotiationem perceptum.

Wer zur Leistung der Sache selbst verpflichtet ist, soll den Gewinn, den er durch eine negotiatio mit der Sache gemacht hat, für sich behalten können, es sei denn, daß er als negotiorum gestor des Gläubigers aufgefaßt werden kann. — Diese Regel stellt uns, wie wir schon oben gesehen haben, die l. 21. de her. vend. auf. „Pretium hominis venditi", heißt es hier, „non ex re, sed propter negotiationem percipitur." Allein schwerlich wird Jemand an ihre allgemeine Anwendbarkeit glauben, ja selbst der Grund, den Paulus anführt, „der Kaufpreis sei nicht ex re gekommen", scheint nur ihm eigenthümlich zu sein, denn African und Julian sagen ja in der l. 23. de R. Cred. (12. 1.): Si eum servum, qui tibi legatus sit quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere Julianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim. Wie paßt nun diese Entscheidung zur Regel des Paulus, wie ferner der

bekannte Rechtssatz, daß der mit der her. petitio in Anspruch genommene Besitzer auch den Gewinn herausgeben soll, den er durch Verkauf der erbschaftlichen Sachen gemacht hat? Würde nicht auch der, welcher einer Sache wegen in Anspruch genommen wird, sei es mit einer dinglichen, sei es mit einer persönlichen Klage, den Gewinn behalten können, den er durch Vermiethung der Sache gemacht hat? Denn die Vermiethung ist ja eine negotiatio.

Sollen wir nun die Regel des Paulus ganz fallen lassen, oder die entgegenstehenden Entscheidungen unsrer Quellen nur als Ausnahmen betrachten? Ich hoffe zu zeigen, daß jenes nicht nöthig ist, sondern daß jene Regel, sobald sie nur richtig aufgefaßt wird, allerdings anwendbar ist. Paulus sagt ja nicht, daß der durch eine negotiatio vermittelte Gewinn keine Bereicherung sei, sondern, daß er nur da nicht herausgegeben zu werden brauche, wo Jemand für die Sache selbst hafte. In diesem Falle kann der Verpflichtete sich nicht durch das Anbieten des für die Sache erhaltenen Preises befreien, und darum soll auch umgekehrt der Gläubiger dieses Surrogat nicht statt der Sache in Anspruch nehmen können. Ich will nun zuerst von diesem Falle, später aber von denen sprechen, wo jenes lucrum verlangt werden kann.

A. Es ist also für jenen Fall zu beweisen, daß der, welcher blos zur Herausgabe einer Sache, nicht aber zu einem positiven Handel verpflichtet ist, das durch irgend eine Disposition mit der Sache gewonnene nicht herauszugeben braucht. Dies Princip kommt in folgenden Fällen zur Anwendung:

1) Wenn der Verkäufer aus eigennütziger Absicht die verkaufte Sache noch einmal veräußert, so braucht er, selbst wenn die Sache durch casus untergegangen ist, der Käufer also den Kaufpreis zahlen muß, ohne die Sache zu bekommen, dennoch den vom zweiten Käufer erhaltenen Preis nicht zu restituiren [1]).

1) L. 21. de her. vend. (18. 4.) l. 23. de act. emti (19. 1.) . . . Illa praestare venditor ex emto debet, quae haberet emtor, si homo

2) Wer sich fremdes Geld wissentlich anmaßt und durch die Veräußerung desselben einen Gewinn macht, braucht nur das Geld, nicht den gemachten Gewinn zu restituiren, also z. B. nicht die damit gekauften Sachen [1]), nicht die Zinsen, die jener durch Ausleihen des Geldes gewonnen hat. Zwar könnte man hiergegen die l. 34. de usuris (22. 1.) anführen, in der es heißt: usurae vicem fructuum obtinent et merito non debent a fructibus separari; allein daß diese Stelle sich nicht auf unsere Frage anwenden läßt [2]), ergeben andere Stellen zur Genüge, z. B. l. 67. §. 1. pro socio (17. 2.). l. 10. §. 8. mandati (17. 1.) und namentlich l. 121. de V. S. (50. 16.): usura, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est i. e. nova obligatione. Der ersten Stelle liegt der Fall zu Grunde, daß der socius gemeinschaftliche Gelder auf eignen Namen auslieh; er soll hier die Zinsen für sich behalten können, quoniam fortis periculum ad eum pertinuit. Nach der zweiten Stelle soll der Mandatar, wenn er im Auftrage des Herrn ein Capital auslieh, aber gegen den Willen desselben Zinsen nahm, letztere dem Mandanten restituiren; nur dann, si periculo suo credidisset, cessaret, ait Labeo, in usuris actio mandati. Es steht dem auch nicht die l. 10. §. 3. mandati entgegen. Zwar heißt es hier .... debere eum praestare, quantumcunque emolumentum sensit, sive ei mandavi, sive non, quia bonae fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat. Allein in

manumissus non esset: non continebuntur igitur, quae si manumissus non fuit, acquisiturus non esset.

1) L. 4. Cod. Comm. utriusque jud. (3. 38.) l. 1. 8. Cod. Si quis alteri (4. 50.) l. 6. Cod. de R. V. (3. 32.) Was der Vormund mit dem Gelde des Mündels für sich gekauft hat, kann letzterer fordern l. 2. ff. quando ex facto tut. (26. 9.) l. 3. Cod. Arbitr. tutelae (5. 51.). Allein dies ist die einzige Ausnahme. Denn l. 8. Cod. de R. V. (3. 32.), aus der man für den Soldaten dasselbe Privilegium ableiten will, spricht von dem Fall einer negot. gestio oder eines Mandats.

2) Jene Stelle bezieht sich ursprünglich auf S. C. Juventianum. Glück, Pandecten Theil 8. S. 297.

diesem §. ist nur von dem gewöhnlichen Falle die Rede, von dem nämlich, daß der Mandatar das Geld auf Gefahr des Mandanten ausgeliehen hat.

In einem Falle kann allerdings der Eigenthümer des Geldes die durch den Andern gewonnenen Zinsen in Anspruch nehmen, nämlich der Erbe, wenn der Besitzer der Erbschaft Gelder derselben verzinslich ausgeliehen hat. Hinsichtlich des bonae fidei possessor ist dies keine Ausnahme, denn er haftet ja nicht für das Capital selbst, sondern nur soweit er bereichert ist. Anders aber verhält es sich hinsichtlich des malae fidei possessor; er kann den Erben nicht mit Cession der Klagen abfinden, sondern muß die Sachen selbst leisten. Dennoch aber kann der Erbe von ihm die gezogenen Zinsen verlangen, nur muß er dann zugleich die Gefahr des ausstehenden Capitals übernehmen [1]). Es ist dies eine Folge des bei der her. petitio geltenden Princips: omne lucrum tam bonae fidei possessori, quam praedoni auferendum esse. Daß wir nun dieses Wahlrecht nicht auf andere Verhältnisse ausdehnen dürfen, bedarf keiner Bemerkung; die Zinsen verbleiben also in der Regel dem, der sie gezogen hat, als ein praemium periculi.

3) Man kann hierher noch einige Fälle rechnen, wo zwar nicht gerade von der Restitution einer Sache die Rede ist, aber dennoch das lucrum propter negotiationem perceptum dem lucrum ex re entgegengesetzt wird. Wenn nämlich der Erbe die erbschaftlichen Sachen zu einem hohen Preise verkauft hat, so können ihm bei der Schätzung derselben die Legatare nur den wahren Werth, nicht aber jenen in Anrechnung bringen [2]). Ferner: wenn der Erbe sich mit den erbschaftlichen Gläubigern vergleicht, so nützt dies den Legataren nichts, ihnen werden vielmehr die Schulden zu ihrem vollen

---

1) L. 30. de her. pet. (5. 3.)

2) l. 3. pr. ad leg. Falc. (35. 2)... magis ex stultitia emptoris, quam ex bonis defuncti habere videtur.

Betrage angerechnet[1]). Ein anderer Fall: der Legatar braucht bekanntlich, wenn sein Legat mit einem Fideicommiß beschwert ist, nicht mehr herauszugeben, als er selbst erhalten hat. Wenn nun das Fideicommiß mehr beträgt, als die ihm legirte Sache, er selbst aber durch ein vortheilhaftes Geschäft ebensoviel aus der legirten Sache gewonnen hat, als der Fideicommissar fordern könnte, so nützt dies doch letzterm nicht, sondern er kann nur soviel fordern, als der wahre Werth der Sache beträgt[2]).

4) Aus unserm Princip ergiebt sich, wie unrichtig es ist, wenn man behauptet[3]), der Käufer könne, wenn ihm die gekaufte Sache evincirt sei, von dem Verkäufer die Cession der Klage auf Evictionsleistung fordern, welche letzterer gegen seinen Autor hat. Müßte man dann nicht auch consequent behaupten, daß der Käufer im gleichen Falle vom Verkäufer auch das fordern könnte, was letzterm im Testament eines Dritten auf den Fall hinterlassen ist, daß ihm die Sache evincirt werde? Für das obligatorische Verhältniß des Käufers und Verkäufers ist es in der That völlig irrelevant, woher letzterer die Sache bekommen. Kann letzterer die von dem Käufer in Anspruch genommene Evictionsleistung nicht mit der Ausrede, daß auch sein Autor nicht der wahre Eigenthümer gewesen, und mit dem Anerbieten, ihm seine Klagen gegen seinen Autor zu cediren, ausschließen, so sieht man nicht ein, wie der Käufer berechtigt sein soll, jenes völlig

1) L. 3. §. 1. ibid. . . . eam pecuniam non ex hereditate, sed ex decisione habet. Umgekehrt kann aber auch der Erbe übermäßige Auslagen oder schuldvolle Verluste nicht in Anrechnung bringen. S. z. B. l. 60. §. 1. l. 61. l. 3. pr. ib.: nam e contrario si male vendiderit res hereditarias, non erit hoc legatariorum detrimentum; ita ergo commodum esse debet heredis, si bene res administraverit.

2) L. 70. §. 1. de leg. II. (31.) . . . nec mutanda erit sententia, quod forte legato percepto magnum emolumentum ex aliquo negotio consequutus est.

3) Mühlenbruch in der Lehre von der Cession der Forderungsrechte §. 37. III. 1.

gleichgültige Verhältniß des Verkäufers zu einer dritten Person in seinen Proceß mit dem Verkäufer hineinzuziehn. Mühlenbruch führt für seine Meinung die l. 38. de evictione (21. 2.) an, in der es heißt, es solle der Pfandgläubiger, wenn das von ihm verkaufte Pfand dem Käufer evincirt werde, letzterm die Klage cediren, welche er gegen den Pfandschuldner habe. Allein wie kann man die Grundsätze, unter denen der Verkauf des Pfandes Seitens des Pfandgläubigers steht, generalisiren wollen? Der verkaufende Pfandgläubiger haftet dem Käufer nicht für die Sache selbst; nicht er trägt das periculum der Eviction, sondern der Pfandschuldner, dem ja der Verkauf nur zu Gute gekommen ist. Der Pfandgläubiger, eben weil er für die Eviction nicht einzustehen hat, soll wenigstens durch Cession seiner act. pigneratitia gegen den Schuldner die Schadloshaltung des Käufers vermitteln. Während aber seine ganze Verpflichtung aus dem Verkauf sich auf Cession der Klagen beschränkt, haftet jeder andere Verkäufer für die Sache selbst, und so wenig von seiner Seite dieser Verbindlichkeit eine Cession der Klage gegen seinen Autor substituirt werden kann, so wenig ist dies von Seiten des Käufers zulässig. — Wenn es außer dieser innern Begründung noch einer äußern bedürfen sollte, so verweisen wir auf die oft citirte l. 21. i. f. de her. vend. (18. 4.) .. non enim actionem ei, sed rem praestare debeo.

5) Nach unserm Princip müssen wir auch die bestrittene[1]) Frage beantworten: ob der Verkäufer, wenn das verkaufte Grundstück zur Zeit des Verkaufs noch verpachtet war, dem Käufer seine Klage gegen den Pächter auf den seit Abschluß des Kaufs fällig gewordenen Pachtzins abtreten muß. Gewöhnlich bejaht man diese Frage, und auch Mühlenbruch stimmt hier wieder für Cession [2]). Er meint, man müsse die

1) S. bei Glück, Erläuterung der Pandecten B. 17. S. 196. nam. Not. 74. und Mühlenbruch am angef. Ort, Not. 363.

2) In seinem Lehrbuch des Pandectenrechts §. 395. Not. 20. hat er übrigens stillschweigend seine Meinung zurückgenommen.

Frage unbedenklich bejahen, vorausgesetzt, daß die Forderung als ein reines Ganze abgetreten werden könne und der Verkäufer sich nicht selbst zur Bezahlung verstehen wolle. Allein man muß mit Cujas [1]) diese Frage verneinen. Denn weshalb sollte von dem durch Verpachtung der Sache gemachten Erwerb etwas anderes gelten, als von dem durch Verkauf derselben oder durch Ausleihen eines Capitals gezogenen Gewinn? Enthält doch die Verpachtung ihrem Zwecke nach in der That weiter nichts, als einen Verkauf zukünftiger Früchte. Sobald nun aber der Käufer der Sache vom Augenblick des Kaufs an die Früchte verlangen kann und sich statt desselben nicht das Surrogat aufdringen zu lassen braucht, das der Verkäufer vom Pachter für sie erhalten — sobald also die Verpachtung passiv sein Verhältniß zum Verkäufer nicht afficirt [2]), so kann sie es auch activ nicht. Nun werden wir später zwar einen Gesichtspunkt kennen lernen, durch den es für den Käufer möglich wird, den Gewinn, den der Verkäufer durch gewisse einseitige Dispositionen gemacht hat, zu erlangen [3]), nämlich den der negotiorum gestio — allein dieser Gesichtspunkt ist für den vorliegenden Fall unanwendbar, indem hier ja die Verpachtung dem Verkaufe vorausging, also das negotium des Käufers überhaupt nicht sein konnte. Deshalb darf man denn in unserm Fall mit Cujas lediglich auf die Worte der l. 21. de her. vend. (18. 4.) verweisen: pretium non ex re, sed propter negotiationem percipitur, tibi vero rem debebam, non actionem. Glücklicherweise können wir aber denen, welche sich mit der Sicherheit, die ein Rechtssatz durch Deduction aus allgemeinen Principien erhält, nicht begnügen, auch noch eine ausdrückliche Bestätigung unserer Ansicht in l. 13. §. 11. de act. emti (19. 1.) vorführen. Hier heißt es:

---

1) Observ. Lib. 25. c. 31.

2) L. 9. Cod. de locato (4. 65.)

3) Vorläufig hier nur ein Beispiel, näml. in l. 13. §. 13. de act. emti (19. 1.) Item si quid ex operis servorum vel vecturis jumentorum vel naulis navium quaesitum est, emtori praestabitur.

Si in locatis ager fuit, pensiones utique ei cedent, qui locaverat. Idem et in praediis urbanis, nisi siquid nominatim convenisse proponatur. Man hat zwar, wie man aus Glück a. a. O. sehen kann, diese Stelle auf verschiedene Weise aus dem Wege zu räumen gesucht, allein wenn diese Versuche auch glücklicher ausgefallen wären, als sie es sind, so müßte eine der unsrigen entgegengesetzte Ansicht sich doch noch erst positiv rechtfertigen. Es ist nun zwar für sie angeführt, die Miethzinsen und Pachtgelder seien fructus civiles [1]), müßten also wie die fructus naturales dem Käufer herausgegeben werden. Allein wie mißlich es ist, von dieser Gleichstellung der Pachtzinsen mit den Früchten eine solche Anwendung zu machen, möge man daran sehen, daß es in der S. 60 besprochenen l. 34. de usuris (22. 1.) auch von den Zinsen heißt: usurae vicem fructuum obtinent et merito non debent a fructibus separari, dennoch aber hinsichtlich ihrer die Analogie der Früchte, was unsere Frage anbetrifft, nach obiger Erörterung sub 2. unzweifelhaft ausgeschlossen ist. Wenn es zulässig wäre, einen Beweis mit solchen Stellen, wie der l. 36. de usuris, zu erbringen, so könnten wir unsern Gegnern auch einen Gegenbeweis von gleicher Güte liefern. Das erste Glied desselben könnte die l. 121. de V. S. (50. 16.) bilden, worin es heißt: usura, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, i. e. nova obligatione, das zweite Glied die unleugbare Behauptung —, daß doch auch der Pachtzins non ex ipso corpore, sed ex alia causa i. e. nova obligatione est und darauf dann der Schluß, daß eben darum auch der Pachtzins in fructu non est. Man hat nun diese unhaltbare Meinung gewiß nur darum so eifrig vertheidigt, weil man von der Voraussetzung ausging, daß nach der entgegengesetzten Ansicht der Käufer hinsichtlich der Früchte nicht zu seinem Rechte komme. Allein der Anspruch

1) L. 36. de usuris (22. 1.) Praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur.

auf die Früchte bleibt ihm ja unverkümmert, wenn ihm auch das Recht auf Cession der Klagen abgesprochen wird. Er erhält vom Verkäufer den wahren Werth der nach Abschluß des Verkaufs vom Pächter gezogenen Früchte, einerlei ob der Verkäufer durch die Verpachtung ein höheres oder geringeres Aequivalent für sie erhalten hat. Bei einer Verpachtung oder Vermiethung nach Abschluß des Kaufs tritt aber ein anderes Resultat ein, weil hier der Gesichtspunkt einer neg. gestio möglich ist — (S. unten).

Wir haben nun im bisherigen unser obiges Princip: „daß, wer die Sache zu leisten hat, das lucrum propter negotiationem perceptum nicht zu restituiren braucht" bewiesen und angewandt. Es giebt jedoch einige Fälle, in denen es nicht zur Anwendung zu kommen scheint[1]). Ob diese Fälle

---

1) Einen argen Schnitzer hat sich Julian in der l. 23. de act. emti (19. 1.) zu Schulden kommen lassen, er wird aber noch in derselben Stelle von Marcellus corrigirt. Es ist folgende: Si quis servum, quem cum peculio vendiderat, manumiserit, non solum peculii nomine, quod habuit tempore, quo manumittebatur, sed et eorum, quae postea acquirit, tenetur, et praeterea cavere debet, quidquid ex hereditate liberti ad eum pervenerit, restitutum iri. Marcellus notat illa praestare venditor ex emto debet, quae haberet emtor, si homo manumissus non esset: non continebuntur igitur, quae, si manumissus non fuit, adquisiturus non esset. Die einseitige Freilassung des verkauften Sklaven ging auf das periculum, also auch auf das commodum des Verkäufers, der Käufer konnte daher nur den Werth des freigelassenen Sklaven verlangen, nicht aber das, was der Verkäufer in Folge dieser Freilassung gewann. Hätte nun Julian dem Käufer auch das Recht zugesprochen, jene Freilassung zu genehmigen und damit ihre vortheilhafte Folgen für sich in Anspruch zu nehmen, so würde er zwar gegen unser Princip gefehlt haben, allein damit würde der eben über ihn ausgesprochene Tadel noch nicht begründet sein. Wohl aber wird er es dadurch, daß Julian zwei alternative Leistungen cumulirt, indem er den Verkäufer zuerst für den gegenwärtigen Werth der Sache verantwortlich macht, und außerdem auch noch für den künftigen Ertrag der Sache — ihn also in der That zweimal bezahlen läßt. Marcellus' Entscheidung berichtigt nicht blos diesen Fehler, sondern ist auch unserm Princip ganz gemäß.

wahre Ausnahme unseres Princips enthalten, werden wir weiter unten sehen. Es soll nun statt der schuldigen Sache der Gewinn verlangt werden können, den der Besitzer vermittelst ihrer sich verschafft hat:

1) wenn die Veräußerung der Sache eine nothwendige war, sei es in juristischer oder in factischer Hinsicht.

a) Was jenen Fall anbetrifft, so soll der, welcher seinen Antheil an einer gemeinschaftlichen Sache verkauft hat, vor der Tradition aber mit der actio comm. dividundo belangt ihn an den Miteigenthümer verloren hat, dem Käufer das herausgeben, was ihm der Miteigenthümer hat zahlen müssen [1]). Wenn hinsichtlich des dem Manne in dotem gegebenen Antheils dasselbe eingetreten ist, so soll „ea quantitas, qua socius marito damnatus fuerit, in dote esse" [2]). Ein anderer Fall ist in l. 15. §. 2. de R. V. (6. 1.) enthalten: „Si forte ager fuit, qui petitus est et militibus assignatus est, modico honoris gratia possessori dato, an hoc restituere debeat? Et puto praestaturum." Das Princip selbst ist in §. 1. derselben Stelle ausgesprochen: Si quis rem ex n e c e s s i t a t e distraxit, fortassis huic officio judicis succurretur, ut pretium duntaxat debeat restituere." Daß sich nun diese „necessitas" auch

b) auf die factische bezieht, geht aus demselben §. hervor; „nam," heißt es weiter, „et si fructus perceptos distraxit, ne corrumpantur, aeque non amplius, quam pretium praestabit" [3]). In allen diesen Fällen ist der Besitzer darum zur Rückgabe des erhaltenen Preises verpflichtet, weil

---

1) L. 13. §. 17. de act. emti (19. 1.) l. 17. §. 13. Comm. div. (10. 3.) . . . pretium ut restituat, ex empto tenebitur.

2) L. 78. §. 4. de jure dot. (23. 3.)

3) S. auch l. 33. §. 1. de her. pet. (5. 3.) und die in der folgenden Note cit. Stellen, namentlich l. 53. de her. pet. (5. 3.) Non solum ad aes alienum hereditarium exsolvendum necessaria alienatio possessori est, sed et si impensae necessariae in rem hereditariam factae sunt a possessore vel si mora periturae deterioresve futurae erant.

die Veräußerung nicht auf sein periculum geht; der Kläger kann die Sache nicht fordern, deswegen muß aber der Beklagte wenigstens den für sie erhaltenen Preis herausgeben. Gewöhnlich wird freilich mehr der Beklagte, als der Kläger dabei interessirt sein, daß statt der Sache das erhaltene Surrogat gegeben wird, allein es kann Fälle geben, wo es der Beklagte vorziehen könnte, statt dieses Surrogats den Werth der Sache zu leisten, z. B. wenn der Verkäufer das verkaufte Grundstück in Folge eines Expropriationsgesetzes hat abtreten müssen, aber einen höhern Preis dafür bekommen hat, als er vom Käufer sich ausbedungen. In diesem Falle müssen wir dem Käufer das Recht zugestehen, den Ueberschuß zu fordern. Ebenso, wenn z. B. die vom mal. fid. possessor veräußerten Früchte verdarben; den Werth derselben brauchte er in diesem Falle nicht zu leisten, deshalb ist es für den Vindicanten sehr wichtig, daß er den Kaufpreis fordern kann. Wie nun in diesen Fällen der Verkauf der schuldigen Sache, weil er die ursprüngliche Verpflichtung des Schuldners aufhebt, also auf das incommodum des Gläubigers geht, eben darum letzterem auch einen Anspruch auf den gewonnenen Kaufpreis giebt, so muß auch

2) überall, wo der Verkauf der schuldigen Sache dem Gläubiger auf diese Weise schaden sollte, dasselbe eintreten. Ein Beispiel möge hier geben die l. 1. §. 47. l. 2. Depositi (16. 3.) Quia autem dolus duntaxat in hanc actionem venit, quaesitum est, si heres rem apud testatorem depositam vel commodatam distraxit, ignarus depositam vel commodatam an teneatur? Et quia dolo non fecit, non tenebitur de re. An tamen vel de pretio teneatur, quod ad eum pervenit? Et verius est, teneri eum; hoc enim ipso dolo facit, quod id, quod ad se pervenit, non reddit. Quid ergo si pretium nondum exegit aut minoris, quam debuit, vendidit? Actiones tantummodo praestabit.

3) Mit der hered. pet. kann der Erbe vom Besitzer im bösen Glauben entweder die erbschaftlichen Sachen selbst oder

den Gewinn fordern, den letzterer durch ihre Veräußerung, Vermiethung u. s. w. gemacht hat. Es ist dies eine wahre Ausnahme unserer Regel; denn jener Besitzer haftet ja für die Sache selbst, die negotiatio geht also ganz auf sein periculum. Nur wo er „cum causa“ [1]) veräußerte, hat der Erbe nicht die Wahl; er muß sich hier mit dem erhaltenen Preise begnügen, weil die Veräußerung ja in seinem Interesse, also nothwendig war. War sie dies nicht, so scheint zwar der Erbe nach l. 20. §. 12. de her. pet. [2]) nur die Sachen selbst fordern zu können, allein andere Stellen ergeben das Gegentheil, z. B. l. 33. §. 1. ib. . . . si quidem vivit (servus), ipsum praestandum, si decesserit, fortassis nec pretium: sed non passurum judicem, qui cognoscit, possessorem pretium lucrari scribit (Julianus), et verius est. Ebenso l. 36. §. 3. ib.: . . . sed non dubium est, quia non debeat melioris esse conditionis, quam bonae fidei possessor. Itaque et si pluris venierit res, electio debebit esse actoris, ut pretium consequatur, alioquin lucretur aliquid praedo und l. 22. ib.: . . . in praedone dicimus electionem esse debere actoris. — Diese Entscheidungen stützen sich auf das Princip, welches Paulus in l. 28. h. t. aufstellt: „post S. C. omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori, quam praedoni dicendum est.“ Aus diesem Grunde kann denn auch der Erbe die Zinsen fordern, welche der Besitzer durch Verleihung erbschaftlicher Gelder gewonnen hat, nur muß er dann auch die Gefahr des Capitals übernehmen [3]).

---

1) L. 20. §. 2. de her. pet. (5. 3.) . . . „si aeris exsolvendi gratia hereditarii id fecit, non amplius venire, quam pretium.“ §. 12. ib.: „quas distrahi expedierat, quae onerabant magis hereditatem, quam fructui erant l. 20. §. 16. l. 33. §. 1. ib. und l. 53.

2) . . . Sine dubio non pretia rerum, sed ipsae res veniunt in hereditatis petitionem.

3) L. 30. de her. pet. Ebenso muß er natürlich auch die Evictionsleistung übernehmen, wenn er, statt die Sache zu fordern, den vom Besitzer dafür erhaltenen Kaufpreis verlangt hat.

4) Auch bei der Reivindicatio scheint der Vindicant, wenn der Besitzer während des Processes die Sache verkauft hat, und dieselbe untergegangen ist, den vom Besitzer für die Sache gelösten Kaufpreis in Anspruch nehmen zu können. Es heißt nämlich in der l. 17. pr. de R. V. (6. 1.) Ulpianus lib. 16. ad Edictum: Julianus lib. VII. Digestorum scribit: Si hominem, qui Maevii erat, emero a Titio, deinde, cum eum Maevius a me peteret, eundem vendidero eumque emptor occiderit, aequum esse, me pretium Maevio restituere. Versteht man unter pretium den Kaufpreis, den der Besitzer durch den Verkauf erhalten, so enthält diese Stelle eine wahre Ausnahme unseres Princips. Denn wenn der Besitzer die Sache veräußert, so wird seine Verbindlichkeit dadurch ursprünglich nicht aufgehoben, es geht die Veräußerung auf seine Gefahr und mithin nach unserm Princip auch auf seinen Nutzen; er braucht also nur den Werth der vindicirten Sache, nicht aber den Kaufpreis derselben herauszugeben. Es ließe sich aber diese Stelle und damit eine neue Ausnahme unseres Princips dadurch aus dem Wege räumen, daß wir unter pretium nicht den Kaufpreis, sondern den Sachwerth des vindicirten Objects verständen. Daß an sich pretium auch die letztere Bedeutung haben kann, zeigt die vorhergehende l. 15. §. 3. ib., worin es heißt: Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum, plerique ajunt. Bedenkt man, daß unsere l. 17. aus demselben lib. 16. des Ulpianus ad Edictum genommen ist, wie die l. 15. und sich doch gewiß unmittelbar an letztere anschloß, so verschwindet damit auch der Schein, den die andere Bedeutung von pretium, wenn man die l. 17. blos für sich betrachtete, allerdings für sich haben könnte. Angenommen nun, daß diese Bedeutung von pretium hier zu Grunde zu legen sei, so sagt die Stelle aus, daß der Besitzer billigerweise dann den casus tragen müsse, wenn er nach erhobener Vindication die Sache veräußert habe. In diesem Sinne würde aber die Stelle nicht

blos besser zum Vorhergehenden passen, sondern ihr Inhalt würde auch, vom Standpunkt unseres Princips aus betrachtet, weniger anstößig sein, als er es sonst zu sein scheint. Ulpian behandelt in der l. 15. die Frage: ob der Besitzer den casus der vindicirten Sache tragen müsse, und theilt uns mit, daß diese Frage von den Meisten verneint werde, vorausgesetzt, daß die Sache ohne dolus und culpa des Besitzers untergegangen sei. Er selbst fügt die Beschränkung hinzu, daß der Besitzer dann den casus tragen müsse, wenn der Vindicant die Sache, sobald er sie selbst besessen hätte, verkauft haben würde. Dasselbe, fährt er dann in l. 17. pr. fort, habe Julian in dem Falle für billig gehalten, wenn der Besitzer die Sache selbst während des Processes verkauft habe, sodaß also der Besitzer ausnahmsweise dann den casus tragen müßte, wenn er entweder selbst die Sache verkauft hat, oder der Vindicant sie würde veräußert haben. Daß diese Ausnahme der l. 17. allgemeinen Grundsätzen gemäß wäre, bedarf kaum der Erinnerung; bei doloser Veräußerung vor oder während des Processes muß ja der Besitzer den casus prästiren.

Auf diese Weise würde denn diese Stelle mit dem Princip, das Paulus in l. 21. de hered. vend. (18. 4.) mit so großer Bestimmtheit aufstellt, nicht in Widerspruch treten. Und weshalb sollte dies Princip hier auch aufgegeben werden? Hätte man statt juristischer Consequenz Milde eintreten lassen wollen, so wäre sie weit eher in dem Falle der l. 21. de her. vend., als in dem unserer l. 17. begründet und nöthig gewesen. Denn in jenem Falle wirft der abermalige Verkauf von Seiten des Verkäufers den casus nicht auf ihn, wenigstens so lange er noch nicht in mora ist. Hingegen in diesem Fall hat die dolose Veräußerung des Besitzers zur Folge, daß er jetzt jedenfalls den Sachwerth zahlen muß, mag die Sache noch existiren oder untergegangen sein. Geht in jenem Falle die Sache unter, bevor der Verkäufer in mora versetzt ist, so braucht er den Sachwerth nicht zu leisten; hätte man ihn nun aus Milde zur Herausgabe des durch seine Unrechtlichkeit ge-

wonnenen Kaufpreises verpflichtet, so würde dadurch der erste Käufer wenigstens etwas bekommen haben. Ferner: versteht man pretium nicht in unserm Sinn, so enthält die Stelle eine Unrichtigkeit, denn die dolose Veräußerung verpflichtet jedenfalls im Fall eines casus den Sachwerth zu leisten, nach dieser Stelle aber würde der Vindicant nicht entweder den Sachwerth oder den Kaufpreis fordern können, sondern lediglich letztern. Eine solche Milde („aequum esse" u. s. w.) würde also anstatt dem Vindicanten einen Vortheil zu gewähren, ihm in den meisten Fällen schaden, indem es ihm statt des Sachwerthes den oft viel geringern Kaufpreis aufdringen würde.

Den bisher angegebenen Gründen würde eine entgegenstehende Ansicht weiter nichts entgegensetzen können, als daß in der l. 17. die Verpflichtung des Beklagten durch restituere pretium bezeichnet wird, welche Bezeichnungsart doch nur Sinn zu haben scheint, wenn man unter pretium Kaufpreis versteht, indem der Kaufpreis allerdings wieder herausgegeben werden kann, da er, der Verkäufer, ihn ja erhalten hat, nicht aber den Werth der Sache, da er ja ursprünglich erst vom Verkäufer entrichtet wird. Allein wie wenig restituere blos in dem Sinne von zurückgeben, wiederherausgeben gebraucht wird, zeigen folgende Stellen [1]).

L. 13. §. 18. de act. emti (19. 1.) Si quid servo distracto venditor donavit ante traditionem, hoc quoque restitui debet.

L. 8. §. 10. Mandati (17. 1.) Proinde si tibi mandavi, ut hominem emeres tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas.

L. 14. §. 9. de servo corrupto (11. 3.)

L. 8. Cod. de act. emti (4. 49.) Hier heißt es von dem Falle, wenn der Verkäufer auf Tradition belangt wird, es komme darauf an, ob der Käufer den Preis bezahlt

1) Bei Brissonius de V. S. sub restituere §. 8.

habe; wenn dies nicht der Fall sei, praeses provinciae providebit, pretium tibi (venditori) restitui.

L. 12. Cod. ib. . . . quo non restituto (wenn der Verkäufer die Sache nicht tradirt hat).

Da nun dem von uns vorgeschlagenen Verständniß der l. 17. pr. de R. V., um das wenigstens zu sagen, nichts im Wege steht, so möge sie denn in dem Sinne genommen werden, in welchem sie sich mit dem so bestimmt ausgesprochenen Princip des Paulus vereinigen läßt.

Um nun das Resultat der bisherigen Erörterung kurz zusammenzufassen, so haben wir gefunden, daß derjenige, welcher zur Leistung der Sache, nicht aber auch zu einem positiven facere verpflichtet ist, den durch irgend eine Disposition mit der Sache gemachten Erwerb nicht herauszugeben braucht, — und daß dies selbst dann gilt, wenn der casuelle Untergang der Sache ihn von jener Verbindlichkeit befreit hat. Eine wirkliche Ausnahme von dieser Regel enthält nur die sub 3. angeführte Bestimmung, daß nämlich der Erbe mit der her. pet. vom mal. fid. poss. entweder den Sachwerth oder den vom letztern für die Sache gewonnenen Kaufpreis verlangen kann. Die sub 1 und 2. angeführten Fälle sind darum keine Ausnahmen, weil hier der Schuldner ausnahmsweise durch den Verkauf der Sache von seiner ursprünglichen Verbindlichkeit frei ward, dieser Verkauf also auf das incommodum, und mithin nach unserm obersten Princip auch auf das commodum des Gläubigers ging. Wie nun dieser Gesichtspunkt, daß es nämlich hinsichtlich des von uns so genannten lucrum negotiationis lediglich darauf ankommt, wer das periculum negotiationis zu tragen hat, maßgebend war für das Recht des Schuldners auf jenes lucrum, so ist er es

B. auch für das Recht des Gläubigers. Wir wollen auch hier die einzelnen in unsern Quellen erwähnten Fälle, in denen der Gläubiger jenes lucrum in Anspruch nehmen kann, zusammenstellen.

1) Der, welcher das negotium des Andern gerirt, muß jeden Gewinn herausgeben, der ihm durch das negotium zu Theil geworden ist, also der Mandatar, der negotiorum gestor, Vormund, der Pfandgläubiger, der Verkäufer einer Erbschaft [1]).

Der Mandatar [2]), negotiorum gestor [3]) und der Pfandgläubiger [4]) sollen nach ausdrücklichen Bestimmungen unserer Stellen sogar das herausgeben, was sie bei der Anstellung von Klagen durch Irrthum des Gegners oder Partheilichkeit des Richters erlangt haben, was also nicht einmal das Product ihrer Thätigkeit war. Besonders bemerkenswerth ist hinsichtlich des Pfandgläubigers die in der Note citirte l. 12. §. 1. de distr. pignor. Nach dieser Stelle soll der Pfandgläubiger: „si majores fructus forte a possessore abstulit, universos in quantitatem debitam accepto ferre“ und wenn er „per injuriam judicis domino rem, quae debitoris non fuisset, abstulisset quasi obligatam sibi, et quaereretur, an soluto debito restitui eam oporteret debitori, Scaevola noster restituendam probavit. Daß nun die genannten Personen um so eher zur Herausgabe dessen verpflichtet sind, was sie durch Verkauf, Vermiethung der Sache, welche sie in Händen haben, gewonnen haben, bedarf keines Beweises. Wenn also z. B. der Pfandgläubiger und Verkäufer einer Erbschaft die verpfändete oder erbschaftliche Sache sub lege commissoria verkauft und den vom Käufer gezahlten Theil des Kaufpreises wegen versäumter rechtzeitiger Zahlung des Restes lucrirt hätten; wenn sie die Sache weit über ihren Werth verkauft hätten, oder die Sache nach dem Verkauf untergegangen wäre — in allen diesen Fällen käme der gemachte Gewinn dem zu

1) L. 21. de her. vend. (18. 4.) . . . at cum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut si quid tanquam heres feci, id praestem emtori, quasi illius negotium agam.

2) L. 46. §. 4. de procurat. (3. 3.)

3) L. 8. §. 1., l. 23. de negot. gest. (3. 5.)

4) L. 12. §. 1. de distr. pignor. (20. 5.)

statten, der die Sache selbst hätte fordern können [1]. Wenn ferner der Mandatar im Auftrage des Mandanten dessen Gelder verlieh und wider den Willen desselben Zinsen stipulirte, so muß er auch die Zinsen herausgeben, denn das Darlehn ging auf Gefahr des Mandanten. Hatte der Mandatar es auf eigene Gefahr gegeben, so kann er die Zinsen behalten, denn dann trug er ja auch das periculum [2].

Auch in andern obligatorischen Verhältnissen, die nicht zunächst auf Geschäftsführung gehen, muß, wo hinsichtlich der die schuldige Sache betreffenden Geschäfte des Verpflichteten der Gesichtspunkt der neg. gestio möglich ist, dasselbe gelten. Wenn z. B. der Verkäufer nach dem Verkauf die Sache vermiethet, so soll er dem Käufer den Miethzins restituiren [3]; ihre technische Rechtfertigung erhält diese Bestimmung dadurch, daß der Verkäufer hinsichtlich jenes Vertrages als negotiorum gestor aufgefaßt werden kann. (S. 45, 46.) Wenn ferner der, welcher zur Cession der Klage verpflichtet war, die Klage selbst angestellt hat, so müssen wir nach der Erörterung auf S. 46, 47. hinsichtlich seiner denselben Gesichtspunkt aufstellen. Wenn ferner der malae fidei possessor, der bekanntlich für die Früchte haftet, welche gezogen werden konnten, die fremde Sache weit höher vermiethet hat, als sie es werth war, so muß er dennoch den ganzen Miethzins herausgeben. Diese Steigerung seiner regelmäßigen Verpflichtung ist also keine Strafe, nichts Singuläres, sondern eine nothwendige Folge unseres Princips. In

1) L. 12. §. 1. cit. de distr. pign. . . . quia ex contractu (et) qualiquali obligatione a debitore interposita certe ex occasione ejus redactum id pretium aequius proficeret debitori, quam creditoris lucro cederet. — L. 21. de hered. vend. — Ob der Gläubiger den Gewinn selbst hätte machen können, oder nicht, thut nichts zur Sache. S. z. B. l. 22. de pign. act. (13. 7.)

2) L. 10. §. 3, 8. Mandati (17. 1.)

3) L. 13. §. 13. de act. emti (19. 1.) Item si quid ex operis servorum vel vecturis jumentorum vel navium quaesitum est, emtori praestabitur.

diesen und ähnlichen Fällen würde es auf die Absicht des Verpflichteten nicht ankommen; mochte er für sich oder für den Gläubiger handeln, immer bleibt das Geschäft objectiv ein negotium alienum. In den Fällen hingegen, wo sich letzteres nicht behaupten läßt, ist allerdings der animus negotia gerendi erforderlich, um eine neg. gestio annehmen zu können. Hatte nun der Schuldner die Absicht, das Geschäft für den Gläubiger zu schließen, so kann letzterer, wenn er es genehmigt, jeden Gewinn in Anspruch nehmen, der dem Schuldner dadurch zu Theil geworden ist. Wenn also z. B. der Verkäufer die verkaufte Sache in jener Absicht abermals verkaufte, weil sie vielleicht zu verderben drohte oder dem ersten Käufer unnütz geworden war, so wird dieser den Verkauf genehmigen und den vom zweiten Käufer gezahlten Kaufpreis in Anspruch nehmen können — was er, wie wir oben gesehen haben, nicht könnte, wenn der Verkäufer den zweiten Verkauf für sich geschlossen hätte.

2) Wenn in obligatorischen Verhältnissen der Gläubiger nur soviel fordern kann, als der Schuldner bereichert ist, so wird erklärlicherweise auch das lucrum propter negotiationem perceptum angerechnet. Denn der Gläubiger trägt hier ja das periculum negotiationis, er kann nie mehr verlangen, als der Schuldner durch die Verwendung der schuldigen Sache gewonnen hat, also gar nichts, wenn z. B. der Schuldner von dem Käufer der Sache das Kaufgeld nicht hat bekommen können. Eine Aufzählung der einzelnen Fälle, in denen die Verpflichtung nur bis auf die Bereicherung geht, würde hier natürlich ganz am unrechten Platze sein [1]); einige Fälle mögen genügen! Wenn Jemand indebite einen Sklaven erhielt und er ihn freiließ, muß er dem Zahlenden die Erbschaft des Freigelassenen restituiren [2]) und den Werth der operae, die letz-

---

1) Man findet sie bei W. Sell Versuche B. 1. S. 50 — 76.

2) D. h. soweit sie ihm durch den Freigelassenen nicht entzogen werden konnte l. 64. §. 5. Soluto matrim. (24. 3.): Plane si ex majore

tern auferlegt waren; wenn er ihn verkaufte, den erhaltenen Kaufpreis herausgeben [1]. Dasselbe gilt, wenn der eine Ehegatte die vom andern geschenkte Sache veräußert hat, vorausgesetzt, daß der Schenker die Sache nicht vindiciren kann [2]. Das lucrum braucht jedoch in allen diesen Fällen nur bis auf den Betrag des Werthes der schuldigen Sache restituirt zu werden [3].

3) Der Besitzer einer fremden Erbschaft soll jeden Gewinn herausgeben, den er mit derselben gemacht hat [4]. Hinsichtlich des malae fidei possessor enthält diese Bestimmung, wie wir oben gesehen haben, eine wahre Ausnahme, hinsichtlich des bonae fidei possessor ist sie unserem Princip gemäß. Der Erbe kann ja von ihm den wahren Werth der veräußerten Sachen nicht fordern, und in den meisten Fällen auch die Sachen vom Käufer nicht vindiciren [5], die Verwaltung der Masse geht also auf das periculum des Erben. Der Besitzer erscheint als neg. gestor des letztern, ja er könnte sogar nach der Regel, die African in der l. ultima de neg. gest. (3. 5.) aufstellt: „actio dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses", mit der neg. gest. actio auf dasselbe in Anspruch genommen werden, als worauf die hered. petitio geht. Er muß also die

---

parte, quam debet, heres scriptus est, quod amplius est, non praestabit. S. oben S. 19.

1) L. 26. §. 12. verb.: „utputa" l. 65. §. 8. de cond. ind. (12. 6.) Ließ er ihn wissentlich frei, so haftet er für den Werth desselben. l. 23. de act. emti (19. 1.)

2) L. 28. §. 3., l. 29., l. 55. de Don. inter V. et U. (24. 1.) S. auch l. 1. §. 47., l. 2—4. Depositi (16. 3.)

3) L. 7. §. 3. de Don. inter V. et U. . . . plane si magni pretii praedia sunt, summa (tantum) numerata erit restituenda l. 28. §. 3.. l. 55. ib.: . . . non ultra tamen, quam quod donatum est.

4) L. 28. de her. pet. (5. 3.)

5) L. 25. §. 17. de her. pet.: . . . Et puto posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent. In der Regel aber haben sie ja den Regreß.

erhaltenen Kaufpreise[1]), gezogenen Zinsen[2]) und Miethsgelder[3]) restituiren, die Klagen cediren[4]) und das durch ihre Anstellung gewonnene[5]) herausgeben — kurz dasselbe, wozu der neg. gestor verpflichtet ist.

4) Es ist bekannt, daß der Eigenthümer unter gewissen Voraussetzungen den früheren Besitzer seiner Sache auf den Preis in Anspruch nehmen kann, den derselbe durch Verkauf der Sache gewonnen hat[6]). Läßt sich diese Bestimmung auch auf unser Princip zurückführen? Wir müssen die Frage offenbar verneinen. Denn der Verkauf des Besitzers geht ja nicht auf das periculum des Eigenthümers, letzterer behält seine reivindicatio, er hat also gegen den Käufer dasselbe Rechtsmittel, welches er gegen den Verkäufer hatte, der Verkauf ist für ihn ganz irrelevant. Das periculum trägt vielmehr der Verkäufer; denn wenn der Eigenthümer vom Käufer die Sache vindicirt hat, ist der Verkäufer letzterm zur Evictionsleistung verpflichtet. Jene Bestimmung ist also durchaus singulär, und man thut der Jurisprudenz der Römer einen

---

1) L. 20. §. 6. de hered. pet. (5. 3.) auch die „poena tardius pretio soluto" l. 23. §. 1. ib. und das „lucrum, quod sensit lege commissoria" l. 25. pr. ib.

2) L. 30. ibid. 3) L. 27. §. 1., 52, 56. ib. 4) L. 16. §. 4, 7.

5) L. 55. ibid. Dieser Stelle scheint die l. 24. zu widersprechen: at ubi vi dejectus fuit, non debet restituere poenam ex eo commissam, quod eam actor habere non potest. Nimmt man hier nun an, wie meines Wissens immer geschieht (s. Mühlenbruch Cession §. 37. Not. 355.), daß der Besitzer von einem Dritten dejicirt sei, so würde diese Stelle der l. 18. §. 4. und l. 55. widersprechen. Ich denke mir deswegen den Fall so, daß der Besitzer vom Erben selbst dejicirt war. Daß in diesem Falle die poena nicht restituirt zu werden braucht, ist klar (S. einen ähnlichen Fall in l. 22. pr. u. §. 1. de pign. act. (13. 7.) und l. 79. de furtis (47. 2.)), während es in jenem Falle unbegreiflich sein würde. So bekommen denn auch die Worte: „quod eam actor habere non potest" einen guten Sinn, während sie sonst eine alberne Tautologie enthalten.

6) L. ult. de neg. gest. (3. 5.), l. 23. de reb. cred. (12. 1.)

größern Dienst, wenn man sie als eine durch das Billigkeitsgefühl der römischen Juristen hervorgerufene juristische Anomalie bezeichnet, als wenn man sie auf ein Princip zurückzuführen sucht [1]). Die Folgen dieser Nachgiebigkeit mußten sich bei einer sehr auf feste und scharfbegränzte Begriffe gebauten Jurisprudenz, wie es die römische war, am ersten in der Wahl der Klage zeigen. Wenn der Beklagte doloser Weise den Besitz aufgegeben hatte, so fand gegen ihn die reivindicatio statt, als wenn er noch besäße; wenn er aber bona fide veräußert hatte, konnte man doch des erhaltenen Kaufpreises wegen keine dingliche Klage gegen ihn geben. In letzterm Falle schlug nun Julian, wie African in der l. 23. de R. Cred. erzählt, die condictio vor: „quasi ex re tua locupletior factus sim", African selbst aber in der l. ult. de neg. gest. die act. neg. gest. Fanden nun jene Klagen wirklich Statt? Beide Juristen hatten den Fall vor Augen, daß der bonae fidei possessor die Sache nur aus einem titulus putativus besaß, also ohne eine causa, der Eigenthümer aber keine reivindicatio mehr hatte, weil die Sache vom Verkäufer usucapirt oder bei ihm untergegangen war. Deshalb schien denn die condictio allerdings am Platze zu sein (cond. sine causa). Werden uns doch in unsern Quellen mehre ganz ähnliche Fälle genannt, in denen sie Statt findet, z. B. in l. 4. §. 2. de R. Cred. (12. 1.)

Ea, quae vi fluminum importata sunt, condici posse.

in §. 26. I. de R. Div. (2. 1.) . . . . nam exstinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen a furibus et q u i b u s d a m a l i i s p o s s e s s o r i b u s possunt.

in l. 30. pr. de act. emti (19. 1.) . . . . . si nummos, quos servus iste mihi subripuerat, tu ignorans furtivos esse, quasi peculiares ademeris et consumseris, condictio eo

---

1) Wie z. B. W. Sell in seinen Versuchen B. 1. S. 101. thut: „Niemand darf sich mit dem Schaden eines Andern bereichern."

nomine mihi adversus te competat, quasi res mea ad te sine causa pervenerit.

und in l. 4. §. 1. de R. Cred. (12. 1.) . . . nam et si colonus post lustrum completum fructus perceperit, condici eos constat.

Allein in allen diesen Fällen findet die condictio gegen den Statt, bei dem das Eigenthum oder die Sache untergegangen war, z. B. durch Specification, Accession, Consumtion, in unserm Falle hingegen läßt sich dies von dem Beklagten nicht behaupten. Würde er durch den Verkauf der Sache das Eigenthum des Klägers aufgehoben haben, wie es bekanntlich bei einem Verkaufe Seitens des Fiscus geschieht, so würde man dem Kläger allerdings mit Recht die Condiction zusprechen. Allein durch den Verkauf hat ja der Kläger sein Eigenthum nicht verloren; er hat die reivindicatio, wie früher gegen den Verkäufer, so jetzt gegen den Käufer. Ersterer ist also nicht ex re ipsa reicher geworden, denn: „pretium hominis venditi non ex re ipsa, sed propter negotiationem percipitur", die Condictio des Preises wäre mithin unstatthaft. Wenn Julian sich nun in der l. 23. de R. Cred. mit einem: „quasi ex re tua locupletior factus sim" hilft, so ist eine solche Rechtfertigung so gut wie gar keine; mit einem solchen quasi könnte man alle Klagen und Rechtsbegriffe über den Haufen stoßen.

So wenig sich nun dieser Versuch, den Anspruch des Eigenthümers auf den Kaufpreis theoretisch zu rechtfertigen, billigen läßt, so wenig ist über den von African in der l. ult. de neg. gest. eingeschlagenen Weg ein anderes Urtheil zu fällen. Auch hier werden der Billigkeit zu Liebe die Gränzen der actio negotiorum gestorum überschritten. Oder glaubt man, daß Africans Entscheidung aus dem Begriffe dieser Klage folgt? Wie gefährlich würde eine solche Klage unserer Wissenschaft sein! sie würde zu einer unberechenbaren Verwirrung führen. Denn wenn der Verkauf einer fremden Sache schon an sich, d. h. ohne den animus neg. gerendorum vorauszu=

setzen, als negotiorum gestio aufgefaßt werden darf, der Eigenthümer also zur Ratihabition dieses negotium berechtigt ist, so muß er es in allen Fällen ratihabiren können, also auch wenn die Sache noch nicht untergegangen oder usucapirt ist, wenn der Verkäufer selbst die Sache gekauft hatte; so muß ferner auch der Käufer vom vindicirenden Eigenthümer durch eine doli exceptio den gezahlten Kaufpreis fordern können [1]). Dann hätte auch Paulus in der häufig erwähnten l. 21. de hered. vend. (18. 4.) dem Käufer einen Anspruch auf den Preis einräumen müssen, den der Verkäufer durch abermaligen Verkauf der Sache gewonnen hat; Paulus sagt aber ausdrücklich, an eine neg. gestio sei hier nicht zu denken.

So wenig ich die Billigkeit der Entscheidung des Julian und African in Abrede stelle, so sehr muß ich derselben dem bisherigen nach ihre technische Rechtfertigung absprechen. Sie ist vom juristischen Standpunkt aus betrachtet eine wahre Singularität. Um so nöthiger wird es also sein, ihre Voraussetzungen genau zu bestimmen. Es sind folgende:

1) Der Verkäufer muß in bona fide gewesen sein und keinen titulus gehabt haben, also ist ein titulus putativus das erste Requisit. War er in mala fide, so kann er mit der reivindicatio in Anspruch genommen werden, quia dolo desiit possidere, unser singuläres Rechtsmittel wäre also überflüssig. Hatte er einen titulus, so kann er jedenfalls mit der cond. sine causa nicht in Anspruch genommen werden; selbst wenn er die Sache verzehrt hätte, also im eigentlichen Sinne des Worts „ex re ipsa“ reicher geworden wäre, würde jene Klage hinwegfallen. Es ist also unrichtig, wenn Cujas [2]) behauptet,

---

1) Bekanntlich hat der, welcher die negotia eines Andern gerirt, in der Meinung, es seien seine eigenen, die exc. doli. l. 48. de R. V. (6. 1.) l. 14. de doli mali exc. (44. 4.)

2) In seinem Tractatus II. ad Africanum (gleich im Anfang). Er beruft sich auf l. 17. pr. de R. V. (6. 1.); allein nach unserer obigen Erklärung (S. 74 u. f.) steht sie uns nicht im Wege. In seinem Tract. VIII. ibid. (ad l. ult. de neg. gest.) berührt er die Frage noch einmal.

selbst der, welcher die Sache gekauft und dann wieder verkauft habe, könne vom Eigenthümer mit dieser Klage wenigstens auf Herausgabe des reinen Gewinnes, also der Differenz zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis belangt werden. Ja ich behaupte sogar, daß wenn der Verkäufer die Sache ex titulo lucrativo erworben hatte, unsere Klage hinwegfallen muß; denn er besaß nicht sine causa [1]). Dasselbe Requisit des titulus putativus muß man aber auch bei der actio neg. gest. utilis aufstellen. African handelt, ebenfalls sowie in der l. 23. de R. Cred., auch in der l. 49. de neg. gest. von einem Fall, wo der Verkäufer titulo putativo besessen hatte, und ich sehe keinen Grund ein, diese Voraussetzung für unwesentlich zu erklären; eine stricte Interpretation ist bei unserer Frage gewiß gerechtfertigt.

2) Als zweites Requisit scheint nach unsern beiden Stellen [2]) aufgestellt werden zu müssen, daß der Eigenthümer die reivindicatio nicht mehr hat, also daß die Sache usucapirt, specificirt oder überhaupt untergegangen ist. Bei der condictio sine causa muß man mit Cujas [3]) auf dieses Requisit bestehen, allein ob auch bei der act. neg. gest., könnte bezweifelt werden. Denn während die condictio erst durch Erlöschung des Eigenthums möglich wird, läßt sich doch von der act. neg. gest. nicht gleiches behaupten. Wenn nun dennoch in der l. ult. de neg. gest. der Untergang der Sache erwähnt wird, so könnte man die Aufstellung dieses Requisits etwa also erklären: Vor dem Untergange der Sache kann der Eigenthü-

1) Savigny System des heutigen Röm. Rechts B. V. S. 523. spricht von einer „unentgeldlich erworbenen Sache." W. Sell in seinen Versuchen B. I. S. 101. spricht sogar blos von einer „fremden, bona fide veräußerten Sache"; ich glaube aber, daß man das im Text aufgestellte Requisit festhalten muß. Dafür spricht auch l. 10. Si quid in fraud. patroni (38. 5.)

2) L. 23. de R. Cred. . . . . . . „mortuo eo." l. ult. de neg. gest. „si res in rerum natura esse desierit."

3) A. a. O. „nec enim unquam recurritur ad condictionem sine causa, nisi quum reivindicatio cessat."

mer dieselbe, sofern sie noch nicht usucapirt ist, vom Käufer vindiciren; thut er es nun, so wendet sich letzterer der Evictionsleistung wegen an den Verkäufer. Erst nach dem Untergange oder der beendigten Usucapion der Sache ist der Verkäufer dieserhalb sicher gestellt; erst jetzt also hat er den Kaufpreis als reinen Gewinn in Händen. Wenn nun die Erwähnung des Unterganges der Sache blos diese Bedeutung hätte, so würde man dieses Requisit offenbar erlassen müssen; denn auch wenn die Sache existirt, würde die Genehmigung des Verkaufs Seitens des Eigenthümers den Verkäufer von der Pflicht der Evictionsleistung befreien, indem ja der Eigenthümer dem Käufer die Sache nicht mehr evinciren könnte. Die Genehmigung des Verkaufs liegt aber schon in der Anstellung der actio neg. gestorum. Das Erforderniß des Unterganges der Sache kann aber auch die Bedeutung haben, daß vor dem Untergange der Sache der Eigenthümer die act. neg. gest. nicht nöthig hat, indem ihm ja die reivindicatio gegen den Besitzer zusteht, daß also jene Klage nur in subsidium gegeben werden soll. Und dies scheint mir allerdings die Meinung des African gewesen zu sein, denn für müßig kann man doch die Worte der l. 49. de neg. gest.: „eaque in rerum natura esse desierit" nicht halten. Stellen sie aber den Untergang der Sache als ein wesentliches Requisit auf, so kann dies, wie gezeigt, nur aus dem Grunde geschehen sein, weil African seinem singulären Rechtsmittel keine weitere Ausdehnung geben wollte, als nöthig war.

An diesem Requisit scheint auch die spätere Zeit festgehalten zu haben. Dasselbe wird nämlich in allen Codexstellen, welche unsere Frage berühren, hervorgehoben, nämlich in]

L. 1. Cod. de reb. alien. non alien. (4. 51.) „. . . et eorum facti sunt."

L. 1. Cod. de comm. rerum alien. (4. 52.) . . . in rem actio incolumis perseverat. At si receptum jus securitatem emtori praestiterit, caet.

L. 3. Cod. de R. V. (3. 32.) ... Sin autem postea de ea venditione consensisti vel alio modo proprietatem ejus amisisti.

Die letzte Stelle scheint nun zwar dem Eigenthümer auch vor dem Untergange der Sache das Recht einzuräumen, den Verkauf derselben zu genehmigen, und dasselbe scheinen die l. 19.) Cod. de neg. gest. (2. 19.) und l. 20. Cod. familiae erc. (3. 36.) zu thun. Allein diese Stellen sprechen von dem Fall einer wahren neg. gestio. Im Falle der beiden letzten Stellen hatte nämlich der Miteigenthümer die gemeinschaftliche Sache „pro solido velut communem" verkauft, d. h. er hatte dem Käufer gesagt, daß die Sache eine gemeinschaftliche sei, hatte sie ihm aber dennoch pro solido verkauft, also als negotiorum gestor des Miteigenthümers. In der ersten Stelle aber lag gleichfalls eine neg. gestio vor; der Mann hatte wider Wissen oder Willen der Frau deren Sache verkauft, und hier war ja die neg. gest. actio die einzige Klage, die gegen ihn Statt fand, und die natürlich nicht durch den Untergang der Sache bedingt ist.

Das Resultat des bisherigen also: daß, wenn Jemand eine fremde titulo putativo besessene Sache verkauft, der Eigenthümer dann den erhaltenen Kaufpreis von ihm in Anspruch nehmen darf, wenn er die Sache selbst vom dritten Besitzer nicht wieder erlangen kann. Außer den in unsern Quellen erwähnten Fällen des Unterganges und der Usucapion der Sache würde er nach diesem Princip auch dann den Preis fordern können, wenn er deswegen die Sache nicht vindiciren kann, weil er ihren Aufenthalt nicht kennt. Denn wenn nach der obigen Ausführung der Grund, warum der Eigenthümer, vor dem Verlust seines Rechts durch Untergang oder Usucapion der Sache den Kaufpreis derselben vom frühern Besitzer nicht fordern kann, nur darin besteht, daß er ja hinreichend durch die reivindic. gedeckt ist, er die Klage auf den Kaufpreis also mit andern Worten nur in subsidium gegeben wird, so muß man letztere auch da verstatten, wo die reivind. aus andern

Gründen nicht erhoben werden kann, das Bedürfniß des subsidiären Rechtsmittels eingetreten ist.

Die bisher erörterte Bestimmung enthält eine Ausnahme des oben aufgestellten Princips, „daß der, welcher eine Sache fordern kann, auf das lucrum propter negotiationem perceptum nur dann Anspruch hat, wenn die negotiatio auf sein periculum ging." Denn da der Eigenthümer durch Verkauf seiner Sache von Seiten des dritten Besitzers weder die reivind., noch sein Eigenthum verliert (wenngleich erstere ihm dadurch factisch verloren gehen kann, daß der Käufer oder dessen Nachfolger nicht auszumitteln sind), so ging ja jener Verkauf nicht auf sein periculum. Diese Ausnahme nun, sowie die andern, welche wir oben S. 68 u. f. haben kennen lernen (hinsichtlich des mal. fidei poss. einer fremden Erbschaft), betreffen aber nur den Fall, wenn die Sache vermöge dinglichen Rechts gefordert werden konnte. In allen Fällen hingegen, wo man einen persönlichen Anspruch auf die Herausgabe derselben hat, gilt jenes Princip ohne Ausnahme, wenigstens ist mir keine bekannt. In obligatorischen Verhältnissen gilt also hinsichtlich der Klagen, welche der zur Herausgabe der Sache verpflichtete ex negotiatione erlangt oder hinsichtlich dessen, was er durch ihre Anstellung gewonnen hat, ganz dasselbe Princip, das wir oben (S. 40, 51.) hinsichtlich der aus unerlaubten Handlungen Dritter stammenden Klagen haben kennen lernen. Die Klagen fallen dem zu, auf dessen periculum der Umstand ging, aus dem sie entsprungen sind. Dieses Princip ist aber wieder eine Anwendung dessen, das wir an die Spitze dieser ganzen Untersuchung gestellt haben: Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda.

Das Hauptresultat dieser Abhandlung können wir nun darein setzen, daß wir der eben angeführten Rechtsparömie eine ausgedehntere Anwendung gegeben haben, als sie gewöhnlich erhält.

Die Resultate unserer einzelnen Erörterungen lassen sich nämlich dadurch unter den Gesichtspunkt und in das Gebiet

jener Regel bringen, daß wir unter der res, von der letztere spricht (commoda cujusque r e i) den Umstand verstehen, aus dem der zwischen zwei Partheien streitige Vortheil hervorgegangen ist — also z. B. die Beschädigung, Entwendung der schuldigen Sache, den Verkauf derselben u. s. w. Wer von beiden Partheien die nachtheiligen Folgen dieser Thatsache tragen muß, hat eben darum auch einen Anspruch auf die vortheilhaften; oder, wie man dies auch ausdrücken kann, wo die Thatsache für das Recht des einen, oder die Verpflichtung des andern irrelevant ist, darf keiner von beiden statt des ursprünglichen Objects das neu entstandene fordern oder aufdringen. Von dieser Regel giebt es aber, wie wir gesehen haben, Ausnahmen, nämlich

1) hinsichtlich des mal. fid. poss. bei der her. pet.;
2) hinsichtlich derer, welche tit. putativo eine fremde Sache besaßen und verkauft haben.

Ich beschließe hiermit den vorliegenden Versuch; nicht ohne die Besorgniß, daß das Bestreben, die Aeußerungen des Paulus in der l. 21. de her. vend. (18. 4.) zu rechtfertigen, sowie den behandelten Stoff auf ein einfaches Princip zurückzuführen, mich verleitet hat, die Aeußerungen mancher anderen römischen Juristen in einem Sinne zu verstehn, wie ich es bei größerer Unbefangenheit vielleicht nicht gethan haben würde. Hätten alle römischen Juristen die rigoristische Consequenz des Paulus getheilt, so würde ich d e n Vorwurf nicht fürchten, auf den ich jetzt allerdings gefaßt bin: meinem Princip zu Liebe Consequenzen zugegeben zu haben, zu denen sich die römischen Juristen in ihrem Billigkeitsgefühl nicht verstanden haben würden.

Zweite Abhandlung.

Die Consolidation der bonae fidei possessio und der jura in re aliena durch die Analogie des Eigenthums.

Die Consolidation der bonae fidei possessio und der jura in re aliena durch die Analogie des Eigenthums.

Die vorliegende Abhandlung soll zu zeigen versuchen, auf welche Weise und bis zu welchem Grade sich die bonae fidei possessio und die jura in re aliena dem Eigenthume genähert haben, oder wie sich Rechte und Bestimmungen, die ursprünglich blos an das Eigenthum geknüpft waren, von dieser beschränkten Grundlage abgelöst haben und das Gemeingut aller durch in rem actio geschützten Rechte geworden sind. Das Interesse dieser Untersuchung ist zuerst ein dogmatisches, und ich kann sagen, ein hohes, denn trotz der großen praktischen Wichtigkeit unserer Frage hat man doch bisher meines Wissens noch keinen Versuch, sie zu lösen, gemacht. Das historische Material, das uns unsere Quellen zu ihrer Beantwortung bieten, ist zwar im einzelnen großentheils bereits benutzt, auch hat man sich wohl hinsichtlich einzelner Klagen des Eigenthümers, die in unsern Quellen nicht auch dem bonae fidei possessor oder den Innehabern der jura in re zugeschrieben werden, über diesen Mangel eines speciellen positiven Zeugnisses hinweggesetzt und sie im Geiste der übrigen Quellenäußerungen auch jenen Personen ertheilt, — allein, wie gesagt, noch nicht versucht, das uns zu Gebote stehende Material zusammenzustellen und aus demselben ein Princip zu gewinnen. — Wenn ich nun im folgenden diesen Versuch anstellen will, so muß ich freilich einräumen, daß vom dogma-

tischen Standpunkte aus das Verdienst desselben mit der Richtigkeit oder Unrichtigkeit des aufgestellten Princips stehen oder fallen wird, allein je mehr ich darauf gefaßt bin, mit meinen Ansichten auf manchen Widerspruch zu stoßen, um so eher ist es nöthig, das Interesse hervorzuheben, das dieser Versuch vom historischen Standpunkt aus selbst dann in Anspruch nehmen kann, wenn er vom dogmatischen Standpunkt aus für verfehlt zu erklären wäre. Letzteres besteht nämlich darin, daß unsere Untersuchung uns einen Beitrag zur Charakteristik der römischen Jurisprudenz giebt, indem er sich besonders dazu eignet zu zeigen, wie die römische Jurisprudenz sich immer freier machte vom Buchstaben und immer geneigter ward, die ursprüngliche Beschränktheit der historischen Erscheinung als etwas zufälliges anzuerkennen und demgemäß durch analoge Ausdehnung aufzuheben. Es geschah dies auf dem Gebiete unserer Frage ebenso wie bei andern Lehren nur nach und nach mit manchen Inconsequenzen, aber gerade die Betrachtung dieser stufenmäßigen Entwickelung hat einen eigenthümlichen Reiz. An ein klares Bewußtsein über die Berechtigung und das endliche Ziel ihrer Tendenz ist bei den meisten römischen Juristen nicht zu denken. Das größere oder geringere Bedürfniß im einzelnen Fall bestimmt sie, das alte Recht auszudehnen oder beizubehalten, und deswegen findet sich fast kein römischer Jurist, der nicht die Inconsequenz beginge, in dem einen Falle zu versagen, was er im andern gewährt hat — eine Inconsequenz, die dann in dem speciellen Falle von einem spätern Juristen zwar berichtigt, in einem andern aber von ihm eben so wenig vermieden wird. An eine objective Rechtfertigung ihrer einzelnen Ausdehnungen ist eben deswegen bei ihnen nicht zu denken; sie führen dieselben gewöhnlich mit dem rein subjectiven: aequum puto u. s. w. ein. Bei der folgenden Darstellung will ich zuerst zeigen, wie die bon. fid. possessio, die gesetzlich nur einen Ausfluß des Eigenthums, die in rem actio mit demselben theilte, von der Doctrin auch in den übrigen Wirkungen dem Eigenthume „immer

näher gerückt ward", dann hinsichtlich der jura in re dasselbe nachweisen.

I.

Der Parallelismus zwischen dem wirklichen und putativen Eigenthum.

Die einzige Wirkung des Eigenthums, die das Edict auf die bon. fid. possessio übertrug, war die einer in rem actio, der Publiciana — eine Neuerung, deren Anschluß an das Civilrecht bekanntlich durch die Fiction der vollendeten Usucapion vermittelt ward. Wie diese Klage nun hierdurch formell als eine anticipirte reivindicatio bezeichnet ward, so stellte man sie auch materiell derselben gleich — l. 7. §. 6, 8. de Publ. act. (6. 2.) Ulpianus: Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit. — In Publiciana actione omnia eadem erunt, quae in reivindicatione diximus — eine Consequenz, die man sehr Unrecht thun würde, für ein Emblem des Tribonian zu erklären. Um wie viel mehr mußten nämlich die römischen Juristen die materielle Gleichheit beider Klagen anerkennen, als dieselbe nicht erst durch eine analoge Ausdehnung herbeigeführt zu werden brauchte, sondern sich schon durch bloße Interpretation ergab. Gajus IV. §. 36. Bedenkt man nun, daß die römische Jurisprudenz gerade die Tendenz hat, die Gleichstellung der bon. fid. poss. mit dem Eigenthum weit über ihre ursprünglichen Schranken auszudehnen, so wäre es völlig unbegreiflich, wie sie das nächstliegende sollte vergessen, ja gegen die Formel der Publiciana actio zwischen letzterer und der reivindicatio eine materielle Verschiedenheit constituirt haben. Läßt sich also in jener Gleichheit der Publ. mit der reivindicatio eine Fortbildung derselben durch die Doctrin nicht erblicken, so findet eine solche Fortbildung dagegen allerdings in Beziehung auf die Voraussetzungen der Public. Statt. Denn den Worten des Edicts nach war diese Klage auf die Fälle beschränkt, in denen in Folge einer traditio ex justa causa eine Usucapion

möglich geworden war, ausgeschlossen also, wo wie bei Provincialgrundstücken, bei der Superficies und Emphyteuse keine Usucapion Statt fand [1]) oder wo der Besitz nicht in Folge einer Tradition erworben war. Allein die römische Jurisprudenz ging hierbei bekanntlich über jene enge Grenze hinaus und machte aus der Publiciana ein allgemeines Schutzmittel der bon. fid. poss. und des in bonis esse überhaupt [2]), sowohl beim Eigenthum als bei den dinglichen Rechten.

Einer nähern Behandlung der Entwicklung der bon. fid. poss. von Seiten der Publ. actio aus können wir uns hier um so eher überheben als dieselbe durchaus kein litterärisches Bedürfniß ist [3]), die Ausbildung der andern Seiten der bon. fid. poss. dagegen um so eher unsere Aufmerksamkeit für sich allein in Anspruch nehmen darf, als sie eine gleiche Behandlung, wie jene Klage noch nicht erhalten, insofern aber noch ein höheres Interesse hat, als die römischen Juristen für sie nicht wie für die Ausdehnung jener Klage einen unmittelbaren gesetzlichen Anhaltspunkt hatten. Denn die vom Prätor hinsichtlich der in rem actio bewirkte Gleichstellung des putativen mit dem wirklichen Eigenthum involvirte noch keine Gleichheit beider Institute in ihren übrigen Beziehungen. Zuerst ist nämlich die petitorische Klage bei den dinglichen Rechten für das Recht selbst durchaus nicht von der Bedeutung, wie es die persönliche Klage bei den Obligationen ist: dort geht nicht wie

1) L. 12. §. 2. de Publ. act.: In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt.

2) L. 12. §. 1. eod.: Is, cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiamsi non fuerit nactus possessionem, uti potest Publiciana. Ebenso wo der Besitz nicht in Folge einer Tradition erworben war, z. B. bei der missio in possessionem damn. inf. nomine, der Abfindung des vindicirenden Eigenthümers durch Zahlung der litis aestimatio u. a. m. S. von Tiegerström die bonae fidei possessio S. 118 u. f.

3) Zuletzt in einer eignen Schrift behandelt von E. G. Obrock de Publ. in rem act. Götting. 1843.

hier die hauptsächlichste Nutzbarkeit und der Hauptzweck des Rechts so sehr in der Klage auf, daß man bei einer Gleichheit der Klage auch auf eine Gleichheit des Rechts zurückschließen könnte. Zweitens war aber auch jene Gleichstellung hinsichtlich der in rem actio durchaus keine vollkommne, denn die reivindicatio hat eine absolute Richtung, d. h. gegen alle Besitzer, auch gegen den bon. fid. poss., die Publiciana aber nur eine relative, nämlich nur gegen diejenigen Nichteigenthümer, welche infirmioris juris sind. Wenn nun dennoch die römische Jurisprudenz jene beschränkte Gleichheit beider Institute immer mehr zu einem durchgreifenden Parallelismus derselben auszudehnen suchte, so gab ihr der Vorgang des Prätors in der act. Publ. factisch gewiß den ersten Impuls, allein juristisch bot derselbe ihr weder ein Fundament dar, auf das sich jener Parallelismus als eine analoge Ausdehnung des vorhandenen Rechts hätte stützen lassen, noch auch ein Regulativ, nach dem sie das Ziel desselben hätte bestimmen und die ihr drohenden Gefahren vermeiden können. Sie stand hier nämlich auf einem sehr schlüpfrigen Boden. Die Grundsätze der Lehre vom quiritarischen Eigenthum ließen sich allerdings der Sache, wenn auch nicht der Form nach, auf das sogenannte bonitarische Eigenthum ohne alle Gefahr übertragen. Denn letzteres fiel doch unter den Begriff des Eigenthums; es war nur eine Copie des quiritarischen in mattern Farben. Der Schutz, den der bonitarische Eigenthümer ursprünglich nur exceptionsweise gegen den quiritarischen gehabt hatte, war durch die Publiciana ein absoluter geworden. Er war jetzt gegen den Eigenthümer sowohl wie gegen Dritte gesichert, sein Recht war also so gut wie das Eigenthum ein absolutes geworden, und damit war die Durchführung eines vollständigen Parallelismus zwischen bonitarischem und quiritarischem Eigenthum in der That ganz ungefährlich geworden. Das Recht des bon. fid. poss. wurde durch die Publiciana nur zu einem relativen. Wollte man nun auf dieses die sonstigen an das Eigenthum geknüpften Klagen übertragen,

so konnte die bon. fid. poss. dadurch direct oder indirect eine Richtung gegen den wahren Eigenthümer erhalten. Direct, wenn man dem bon. fid. poss. z. B. die act. legis Aquiliae utilis gegen den Eigenthümer zugestand; indirect, wenn man ihm die Ausübung solcher Ausflüsse des Eigenthums verstattete, deren einmalige Ausübung auch zugleich ihre Consumtion ist z. B. der act. leg. Aquiliae gegen Dritte, Rechte also, die man erst dem Eigenthümer rauben mußte, um sie dem bon. fid. poss. ertheilen zu können. Auf diese Weise würde denn hinsichtlich des secundären Schutzes der bon. fid. possessio ein Mißverhältniß eingetreten sein, dem der Prätor bei seiner Neuerung, der Publiciana, ausdrücklich vorgebeugt hatte „si . . . non a domino potest" l. 1. pr. de Publ. act. (6. 2.) S. auch l. ult. ibid. . . non ideo comparata est, ut res domino auferatur, nämlich das, daß sich die bon. fid. poss. nicht unbeschadet, sondern auf Kosten des Eigenthümers geltend gemacht hätte. Während nun aber auf der einen Seite diese Klippe drohte, konnte man gerade, je ängstlicher man sie vermeiden wollte, um so eher einem andern Widerspruch verfallen. Versagte man nämlich aus Rücksicht auf den Eigenthümer dem bon. fid. poss. die Ausübung und damit freilich die Consumtion der oben erwähnten Schutzmittel des Eigenthümers, so hatte man ihn damit in der That der Willkür dritter Personen und des Eigenthümers vollkommen blos gestellt und für die bon. fid. poss. einen großen innern Widerspruch eingeräumt. Denn während der bonae fidei possessor durch die Publiciana selbst in dem Falle geschützt ist, wenn er den Besitz verloren hat, hatte man ihn dagegen da schutzlos gelassen, wo er im vollen Genusse seines Rechts war, und wo sich der Eingriff dritter Personen schon der äußern Erscheinung nach als unrechtmäßig herausstellte.

So großer Vorsicht es nun bedurfte, um bei der Ausbildung der bon. fid. poss. jene beiden Gefahren zu vermeiden, und so sehr es hierzu einer klaren Einsicht in dieselben und eines festen Princips bedurft hätte, so behauptet man doch

wohl nicht zu viel, wenn man der römischen Jurisprudenz beides abspricht. Wäre die Annäherung des putativen Eigenthums an das wirkliche nicht so versuchsweise und sporadisch erfolgt, sondern wäre das Bedürfniß derselben ins Bewußtsein getreten, so wäre auch damit das Bedürfniß eines bestimmten Princips so in die Augen gesprungen, so unabweisbar gewesen, daß die Befriedigung desselben gewiß nicht ausgeblieben wäre. Die römischen Juristen streben allerdings einem Ziele zu, allein ohne ein bewußtes Princip und daher mit einer gewissen Renitenz und durch das mehr oder minder große Bedürfniß des einzelnen Falls bestimmt.

Durch diesen Charakter ihrer Entscheidungen ist auch der gegenwärtigen Untersuchung ihre Richtung vorgezeichnet. Sie muß nämlich nothwendig auf eine Aufzählung aller einzelnen Fälle gehen, in denen die römischen Juristen die bonae fidei poss. dem Eigenthum gleichgestellt haben, und wenn sie aus diesen Einzelheiten ein Princip zu abstrahiren unternimmt, so muß sie es thun mit dem Eingeständniß, daß sie dasselbe weniger als etwas fertiges vorgefunden, denn als etwas latentes zur Erscheinung zu bringen gesucht hat.

Eine umfassende und erschöpfende Behandlung unseres Gegenstandes habe ich nirgends gefunden, am wenigsten in dem Buche, in dem man sie mit Recht am ersten suchen könnte — nämlich in von Tiegerströms bonae fidei possessio. In den systematischen Bearbeitungen des römischen Rechts wird die Frage, welche Klagen außer der Publiciana dem bon. fid. poss. nach Analogie des Eigenthümers zustehen, fast gar nicht berührt [1]), dagegen findet man sie bei den Exegeten zum Titel

1) Selbst bei Glück Erläut. der Pandecten B. 8. S. 47. Anm. 30. findet man nur die Behauptung, daß die bonae fidei possessio in den meisten Verhältnissen dem Eigenthume ganz gleich behandelt werde und nur im Collissionsfalle letzterm nachstehe. Zum Beweise dieser wichtigen Regel wird nur die l. 136. de R. J.: bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quoties lex impedimento non est angeführt.

de Reg. Juris (50. 17.) z. B. Jac. Gothofredus, Pet. Faber unt. and. bei der Erklärung der angeführten l. 136. allerdings beantwortet und zwar dahin, daß der bon. fid. poss. dieselben Rechte habe, wie der Eigenthümer, sobald nicht das Gesetz eine Ausnahme mache. Man stützt diese Regel auf die genannte Stelle und erläutert sie durch einige Beispiele aus unsern Quellen. Herr von Tiegerström hat dagegen auch in dieser Lehre wieder seine der litterärischen Welt bereits zur Genüge bekannte Eigenthümlichkeit bewährt. „Alles, meint er [1]), verstehe sich hier von selbst; alle Schutzmittel, welche dem wirklichen Eigenthümer verstattet seien, müßten ebenfalls dem bonae fidei poss. zukommen. Denn letzterer sei Eigenthümer, freilich nur in Folge einer Fiction, allein letztere erzeuge *in dem Umfange in welchem sie vorhanden*, alle Wirkungen des vorhandnen Rechts." Freilich letzteres ist so unumstößlich, aber auch zugleich so nichtssagend, als wenn man behauptete: inwieweit Herrn von Tiegerströms Ansicht wahr sei, insoweit dürfe man sie nicht für unwahr erklären. Allein darauf kommt es an, zu bestimmen, in *welchem* Umfange jene Fiction vorhanden ist. Wenn sie nun blos bei der Publ. actio erscheint und hinsichtlich *dieser* Klage die Gleichheit des putativen mit dem wirklichen Eigenthum ausspricht, so scheint es sich nach unserer Meinung nicht von selbst zu verstehen, deswegen auch in allen übrigen Beziehungen eine Gleichheit beider Institute zu behaupten, sondern der Fiction keine weitere Ausdehnung zu geben, als sie an sich hat. Wer möchte auch wohl eine Fiction, die für den ganz speciellen Zweck einer bestimmten Klage aufgestellt ist, als Ausdruck einer allgemeinen Rechtswahrheit auffassen? Wenn Herr von Tiegerström auf Grund der Fiction des Eigenthums in der act. Publ. den bon. fid. poss. auch in allen andern Beziehungen als fingirten Eigenthümer behandeln will, so wird er sich auch zu der Behauptung verstehen müssen, daß z. B. die

1) Die bonae fidei possessio S. 46 u. f. S. 104—106.

Peregrinen alle Rechte römischer Bürger gehabt hätten [1]), oder der Arrogirte auch nach der Arrogation in allen Beziehungen als homo sui juris behandelt worden sei [2]). Außer jenem ein unbegreifliches Mißverständniß der Fictionen voraussetzenden Grunde beschenkt uns Herr v. Tiegerström noch mit einer speciellen Erörterung, worin er an den einzelnen Befugnissen des bon. fid. poss. die Identität seiner Berechtigung mit der des Eigenthümers nachweisen will. Nur für Jemanden, der die Deductionen des Herrn Verfassers noch nicht kennt, kann es überraschend sein, wenn er hier vernehmen muß: der bon. fid. poss. könne gleich dem wirklichen Eigenthümer die Sache beschädigen, zerstören, verkaufen, vertauschen, verschenken u. s. w. Als ob alles dies ein eigenthümlicher Ausfluß der bon. fid. poss., d. h. des Usucapionsbesitzes wäre. Wenn ich eine fremde Sache zwar bona fide, aber ohne titulus besitze, also keine bon. fid. poss. im technischen Sinn habe, so kann ich die Sache auch beschädigen und zerstören, ohne dem Eigenthümer zur Entschädigung verpflichtet zu werden. Der Grund liegt aber darin, daß ich nicht in culpa war, letztere aber bei der act. legis Aquiliae erforderlich ist. Verkaufen, verschenken, derelinquiren u. s. w. kann aber der malae fidei possessor ebensogut, wie der bon. fid. poss. Es entstehen hier aus dem Verkauf u. s. w. überall nur obligatorische Wirkungen, und beide übertragen auf den Käufer weder das Eigenthum, noch den Usucapionsbesitz. Denn die Möglichkeit der Usucapion hängt bekanntlich nicht davon ab, ob der Verkäufer, sondern ob der Käufer titulus und bona fides hatte.

Doch wir wollen die Tiegerströmsche Deduction nicht weiter verfolgen, sie ist so unendlich schwach und hat den Weg, den man bei unserer Frage einschlagen muß, so sehr verfehlt, daß man, um sie ausführlicher mitzutheilen, dem Leser

---

1) Gaj. IV. §. 37. Item civitas Romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur u. s. w.

2) Gaj. IV. §. 38. Praeterea aliquando fingimus, adversarium nostrum capite diminutum non esse u. s. w.

einen ebenso seltnen Grad von Geduld zutrauen müßte, als, um sie noch zu widerlegen, einen geringen Grad von Einsicht.

Um nun mit irgend einem Erfolge die Beantwortung unserer Frage versuchen zu können, ist, wie schon gesagt, eine Zusammenstellung aller einzelnen Fälle nöthig, in denen auf die bon. fid. poss. Rechte oder Bestimmungen, die ursprünglich nur an das Eigenthum geknüpft waren, übertragen oder ausdrücklich bei derselben ausgeschlossen werden. Es gehört also nicht hierher der Schutz, den der bon. fid. poss. als bloßer Besitzer hat, nicht das Recht, welches ihm an den Früchten zugestanden ist. Denn da er nach der richtigen Ansicht durch Separation das Eigenthum und nicht blos die bonae fidei possessio derselben erwirbt, so fällt hier ja der Gesichtspunkt eines putativen Eigenthums weg, jenes Recht kann also nicht zu den Fällen gerechnet werden, in denen jener Gesichtspunkt eintritt.

Wir wollen nun zuerst die Fälle angeben, in denen die obige Uebertragung vorgenommen, dann die, in denen sie ausdrücklich ausgeschlossen wird.

I. Der bonae fidei possessor wird in folgenden Beziehungen dem Eigenthümer gleichgestellt.

A. Was den Schutz seines Rechts anbetrifft, so werden ihm folgende Klagen zugesprochen:

1) die actio communi dividundo [1];

2) nach Analogie der act. leg. Aquiliae eine actio in factum [2], ja sogar gegen den Eigenthümer selbst [3]. Die act. leg. Aq. stand bekanntlich ursprünglich blos dem Eigenthümer zu [4].

B. Was die Ansprüche Dritter gegen ihn anbetrifft, so wird er in folgenden Fällen dem Eigenthümer gleichgestellt:

1) Bei der cautio damni infecti ist der bonae fidei possessor wie der Eigenthümer nur zur einfachen repromissio,

1) L. 7. §. 2. Comm. div. (10. 3.)

2) L. 11. §. 8. ad leg. Aq. (9. 2.) 3) L. 17. pr. ibid.

4) L. 11. §. 6. ib. hero competit i. e. domino.

nicht zur satisdatio verpflichtet. Ulpian erzählt uns [1]), daß einige Juristen der entgegengesetzten Ansicht seien, allein er fügt hinzu: habet rationem, ut magis repromittat, quam satisdet; suo enim nomine id facit. Der Prätor hatte in der Edictsstelle (l. 7. pr. h. t.) das „suo nomine repromitti" offenbar auf den Eigenthümer bezogen, wie aus den bald darauf folgenden Worten: „Si controversia erit, dominus sit necne, qui cavebit, sub exceptione satisdari jubebo" aufs deutlichste hervorgeht. Während nun Ulpian den Fructuar und Superficiar für den Fall, daß der Eigenthümer nicht cavirt, zur satisdatio verpflichtet [2]), stellt er den bonae fidei possessor dem dominus ganz gleich.

2) Die actio quod jussu, welche ursprünglich den jussus domini voraussetzte [3]), wird auch gegen den bonae fidei poss. ertheilt. Marcellus war, wie Ulpian in l. 1. §. 8. quod jussu erzählt, dieser Ansicht gewesen und Ulpian stimmt ihm bei.

3) Die act. de peculio [4]).

4) Die act. tributoria [5]).

5) Die act. exercitoria kann man auch hierher zählen. Denn da sie gegen den zusteht, in dessen potestas sich der magister navis befindet [6]), der bon. fid. poss. aber den bon. fid. besessenen Sklaven in seiner potestas hat [7]), so muß jene Klage auch gegen ihn gegeben werden.

6) Ob man die Noxalklagen auch gegen den bon. fid. poss. geben dürfe, war, wie Justinian uns in der l. 21. Cod. de furtis (6. 2.) erzählt, bestritten. Ulpian sagt in l. 11. de noxal. act. (9. 4.) über die act. furti noxalis: bona fide servi possessor ejus nomine furti actione tenebitur, dominus non

---

1) L. 13. pr. de damno inf. (39. 2.) 2) L. 9. §. 4, 5. ibid.

3) L. 1. pr. quod jussu (15. 4.) §. 1. l. quod cum eo (4. 7.)

4) L. 1. §. 6. de peculio (15. 1.)

5) L. 1. §. 5. de tribut. act. (14. 4.)

6) L. 1. §. 19. de exercit. (14. 1.)

7) Dies geht schon daraus hervor, daß die zuletzt genannten Klagen gegen den bon. fid. poss. gegeben werden.

tenetur und über die act. vi bonorum raptorum in l. 2. §. 14. vi bon. rapt. (47. 8.) Haec actio etiam familiae nomine competit.... Familiae autem appellatio servos continet.... vel bona fide nobis servientes. Dagegen verweist er in l. 27. §. 3. ad leg. Aq. (9. 2.) die act. leg. Aquil. an den Eigenthümer und schließt sie gegen den bon. fid. poss. aus. An zahlreichen Vereinigungsversuchen hat es nicht gefehlt [1]). Die richtige Meinung ist hier wohl die, welche neuerdings auch von Schmidt von Ilmenau [2]) vertheidigt ist, daß die l. 27. §. 3. ad leg. Aq. nur eine Anwendung des ältern Rechts enthält, wornach die Noxalklagen nur gegen den dominus gegeben wurden, daß aber das neuere Recht diese Beschränkung hat fallen lassen. Die act. nox. wird nach neuerm Rechte gegen den gegeben, qui servum in potestate habet [3]) — ein Begriff, den man bei diesen Klagen zuletzt so sehr erweiterte [4]), daß man sie auch gegen den mal. fid. possessor gab [5]). Allein damit bekam letzterer nicht das Recht, das man dem verklagten Eigenthümer verstattete z. B. das in l. 21. §. 1. de nox. act. erwähnte: eos, quorum nomine noxali judicio agitur, etiam absentes defendi posse placuit, sed hoc ita demum si proprii sint servi; nam si alieni, praesentes esse oportet. Der bon. fid. poss. wird aber in jener Stelle auch hierin wieder dem dominus gleichgestellt: si constet, vel bona fide servire, etiam absentes possint defendi.

C. Was das Verhältniß der Sache zum bon. fid. poss. anbetrifft, so gehört sie zu seinem Vermögen, und seine Dis=

---

1) Voet Comm. ad Pand. IX. IV. §. 6., Cujac. ad l. 28. de nox. act. in Tract. ad Afric. VI. Zimmern, System der römischen Noxalklagen §. 50 u. f.

2) Civil. Abh. B. 1. S. 41 fl. 3) L. 12. de nox. act. (9. 4.)

4) L. 215. de V. S. (50. 16.) .... At cum agimus de noxae deditione cum eo, qui servum non defendit, praesentis corporis copiam facultatemque (potestatis verbo) significamus.

5) L. 13. de nox. act.

positionen hinsichtlich derselben tragen denselben Charakter, den sie haben würden, wenn die Sache sein Eigenthum gewesen wäre. Wir wollen diesen Gesichtspunkt jetzt im einzelnen weiter verfolgen.

Sie gehört also zu den bonis des Besitzers [1]),

L. 49. de V. S. (50. 16.) . . . In bonis autem nostris computari sciendum est non solum quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint.

L. 52. de A. R. D. (40. 1.) Rem in bonis nostris habere intelligimur, quoties possidentes exceptionem aut amittentes ad recuperandam eam actionem habemus.

Ueberall nun, wo der Begriff des Vermögens (bona, familia, hereditas u. s. w.) zur Sprache kommt, umfaßt er auch die res bon. fid. possessa:

a) bei der immissio in bona,

L. 5. §. 6. Ut in poss. legat. (36. 4.) Bonorum autem appellatione hae res comprehensae videbuntur, quarum proprietas ad heredem pertinet. §. 7: Sed et si vectigales agri sunt et si qua pignora testatori data, in eorum quoque mittetur possessionem. §. 9: Sed et si rem alienam defunctus bona fide emerit, in possessionem ejus mittendum legatarium constat, nam et haec res in causa hereditaria est. Dagegen §. 10: Si deposita res apud defunctum fuerit vel commodata, locum missio non habet, quia non sunt istae res hereditariae;

b) bei der hereditatis petitio,

L. 19. pr. de her. pet. (5. 3.) Et quidem rei pignori datae etiam specialis petitio est, ut et hereditatis petitione

---

1) Ebenso bezieht sich der Ausdruck „pertinere, is, ad quem ea res pertinet" auch auf die res bon. fid. possessa. S. l. 181. de V. S. (50. 16.): Verbum illud: pertinere latissime patet, nam et eis rebus petendis aptum est, quae dominii nostri sint et eis, quas jure aliquo possideamus, quamvis non sint nostri dominii. Pertinere ad nos etiam ea dicimus, quae in nulla eorum causa sint, sed esse possint.

continealur, sicut illae, quarum nomine Publiciana competit;

c) bei dem judic. familiae erciscundae,

L. 10. Fam. erc. (10. 2.) Item veniunt in hoc judicium praedia, quae nostri patrimonii sunt, sed et vectigalia et superficiaria. Nec minus hae quoque res, quas alienas defunctus bona fide possidet.

d) Wenn der Vater seiner Tochter eine res bon. fid. poss. in dotem giebt, so gilt sie als dos profectitia,

L. 6. §. 1. de jure dot. (23. 3.) Si pater alienum fundum bona fide emtum in dotem dedit, ab ipso profectus intelligitur.

Hiermit ist des Gegensatzes wegen zu vergleichen l. 5. §. 5. ibid.: Si pater hereditatem repudiaverit dotis constituendae causa, forte quod maritus erat substitutus aut qui potuit ab intestato hereditatem vindicare vel legatum in hoc repudiaverit, ut apud generum heredem remaneat dotis constituendae causa, Julianus probat, non esse profectum id de bonis, quia nihil erogavit de suo pater, sed non acquisivit. Die res bon. fid. poss. gehört also zu dem „suum", den „bonis", ihre Veräußerung fällt also nicht unter den Gesichtspunkt des non acquirere [1]), sondern unter den einer positiven Vermögensverringerung. Deswegen ist auch

e) die Schenkung einer solchen Sache unter Ehegatten nichtig. Sie würde ja den schenkenden Ehegatten „pauperior" machen,

L. 3. pro donato (41. 6.). Si vir uxori vel uxor viro donaverit, si aliena res donata fuerit, verum est, quod Trebatius putabat, si pauperior is, qui donasset, non fieret, usucapionem possidenti procedere.

Es wird aber der Schenker nur dann durch die Schenkung der fremden Sache nicht ärmer, wenn er sie nicht usu-

1) Es wäre ja dieser Gesichtspunkt weit natürlicher. Denn mit jener Veräußerung wird ja nur die Möglichkeit des künftigen Eigenthumserwerbes durch Vollendung der Usucapion aufgeopfert.

capiren konnte [1]). War er aber bonae fidei possessor derselben, so würde er durch die Verschenkung der Sache sein Vermögen verringern. Daher ist es

f) auch ganz consequent, wenn Ulpian in l. 5. §. 2. de reb. eor. (27. 9.) die Beschränkungen, an die der Tutor bei dem Verkauf der Grundstücke des Pupillen gebunden ist, auch auf den Verkauf der bona fide besessenen Güter ausdehnt. Dieselbe Gleichheit zwischen dem Verkauf einer eignen und einer fremden bona fide besessenen Sache würden die römischen Juristen auch bei der alienatio in fraudem patroni oder creditorum haben eintreten lassen, während auch hier wieder der unterlassene Erwerb eines deferirten Gewinnes nicht unter den Gesichtspunkt einer alienatio gebracht wird [2]).

Das Resultat des bisherigen ist also, daß man die bon. fid. poss. nicht als ein deferirtes, erst durch die Usucapion zu erwerbendes Recht auffaßte, etwa wie eine deferirte Erbschaft, und mithin auch die Veräußerung der bona fide besessenen Sache nicht als Unterlassung eines Erwerbes, sondern daß man die bon. fid. poss. als ein bereits existentes, wenn gleich prekäres Recht, als ein anticipirtes Eigenthum behandelte, die Veräußerung der Sache also als eine Verminderung des Vermögens.

Die im bisherigen aufgeführten Fälle, in denen Grundsätze, die ursprünglich wohl nur für das wirkliche Eigenthum aufgestellt waren, auf das putative Eigenthum übertragen werden, ließen sich unter den allgemeinen Gesichtspunkt zusammenfassen, daß die bona fide besessene Sache zu den bonis gehört. Es mögen jetzt noch die beiden letzten Fälle folgen, in denen der bon. fid. poss. dem Eigenthümer gleichgestellt

---

1) Von diesem Falle ist auch die l. 25. de don. int. V. et U. (24. 1.) zu verstehen. S. auch von Savigny System des heutigen Röm. Rechts B. 4. S. 113—116.

2) L. 1. §. 6. Si quid in fr. patr. (38. 5.) l. 6. pr. §. 1—5 quae in fr. cred. (42. 8.)

wird, nämlich erstens der in l. 1. §. 8. de quaestionibus (48. 18.) erwähnte: Si servus bona fide mihi serviat, etiamsi dominium in eo non habui, potest dici, torqueri eum in caput meum non debere. Die Tortur der Sklaven war nämlich in caput domini untersagt. Der zweite Fall ist die in l. 18. und l. 21. §. 1. de pignor. (20. 1.) ausgesprochene Wirksamkeit der Verpfändung von Seiten des bon. fid. poss. Sic tuetur, sagt Paulus in der ersten Stelle, Praetor creditorem per Servianam, quemadmodum debitorem per Publicianam. Wie Ulpian in der zweiten Stelle erzählt, hatte bereits Julian hierauf gedrungen.

Dies sind meines Wissens alle Fälle, in denen das putative Eigenthum dem wirklichen gleichgestellt ist. Dagegen giebt es

II. auch einige, in denen dem bon. fid. poss. das Recht, welches der Eigenthümer als solcher hat, ausdrücklich abgesprochen wird, nämlich

1) das Recht die cautio damni infecti zu verlangen. L. 11., l. 13. §. 9. de damno inf. (39. 2.)

Ulpian erzählt hier, daß Marcellus dem bon. fid. poss. den Anspruch auf die cautio versagt habe. Allein da Paulus in l. 18. pr. ib. sie dem ertheilt, cujus in bonis res est, so ist sie damit auch dem bon. fid. poss. gegeben, in dem die bona fide besessene Sache sich, wie wir so eben gesehen haben, in seinen bonis befindet. Früher stand die cautio nur dem dominus zu, deswegen sprach Marcellus sie auch dem Pfandgläubiger ab; allein Ulpian dehnt sie in l. 11. cit. auf letzteren aus, ebenso wie eine zu seiner Zeit schon feststehende Praxis sie auch dem Superficiar und Fructuar verstattet hatte [1]). So löste sich diese cautio dann immer mehr vom Eigenthum ab, und es kann keinem Zweifel unterliegen, daß Paulus sie mit den angeführten Worten auch dem bon. fid. poss. ertheilt hat [2]).

---

1) L. 13. §. 8. ibid.: Superficiarium et fructuarium damni infecti utiliter stipulari hodie constat. 2) Dieser Fortschritt wird gewöhnlich übersehen, indem man die cautio dem bon. fid. poss. abspricht.

2) Die actio in factum ob mortuum illatum.

Ulpian sagt in l. 2. §. 1. de relig. (11. 7.): Qui mortuum in locum alienum intulit vel inferre curavit, tenebitur in factum actione. In locum alterius accipere debemus sive in agro sive in aedificio. Sed hic sermo d o m i n o dat actionem, non bonae fidei possessori, nam cum dicat in locum alterius apparet de domino eum sentire i. e. eo, cujus locus est.

3) Die actio de servo corrupto.

L. 1. §. 1. de servo corrupto (11. 3.) Ulpianus: Qui bona fide servum emit, hoc Edicto non tenebitur, quia [1]) nec ipse poterit servi corrupti agere, q u i a n i h i l e j u s i n t e r e s t, servum non corrumpi, et sane si quis hoc admiserit, eveniet, ut duobus actio servi corrupti competat, quod est absurdum.

Diese Stelle hat ihre große Schwierigkeiten. Noodt am a. O. bemerkt mit Recht, daß der bon. fid. poss. doch sonst wohl dem Eigenthümer gleichgestellt werde und sein Interesse an der Sache unläugbar sei. Er macht zwar den Versuch, die Stelle zu erklären, allein einen ganz verfehlten. Denn man denke sich, das erste quia soll gestrichen werden, das zweite aber für ubi stehen — ein Sprachgebrauch, den er durch einige Beispiele aus Augustinus nachweisen will! Die Worte: et sane si quis hoc admiserit u. s., die diese Erklärung, wenn sie auch sonst zulässig wäre, geradezu widerlegen würden, sollen nicht von Ulpian herrühren, sondern „interpretis, quid dicat, non intelligentis esse!“ Jensius [2]) will unsere Stelle von dem Falle verstehen, wo sich der Eigenthümer des Sklaven bereits gemeldet hatte — eine Beschränkung, mit der wir freilich alle Stellen, die dem bon. fid. poss. entgegenstehen, beseitigen könnten, die aber in unserer und den andern Stellen

---

1) Noodt Comm. ad Dig. h. t. (O. O. tom. II. p. 254.) will dieses anstößige quia ganz streichen, d'Arnaud Var. Conj. lib. I. c. 22. emendirt dasselbe sehr glücklich in quin.

2) Stricturae ad Rom. jur. Pand. L. 1. p. 99.

auch nicht den geringsten Anhaltspunkt hat. Alle derartige Beseitigungsversuche müssen an dem klaren Inhalt der Stelle scheitern. Wir müssen vielmehr zugestehen, daß Ulpian dem bon. fid. poss. die act. servi corr. abspricht. Einer näheren Betrachtung können wir diese Stelle erst später unterziehen.

4) Das SC. Silanianum de publica quaestione a familia necatorum habenda soll auf den bona fide besessenen Sklaven keine Anwendung erleiden.

L. 1. §. 2. de SC. Silan. (29. 5.) Ulp.: Qui servum bona fide possedit, domini appellatione non continebitur.

Auffallend ist auch diese Bemerkung. Denn unter der familia [1]) werden sonst auch die bona fide besessenen Sklaven verstanden [2]) und den Ausdruck dominus auch auf den bon. fid. poss. zu beziehen, trägt Ulpian sonst kein Bedenken [3]). Nur die Milde war es wohl, die ihm diese Inconsequenz eingab.

Dies ist nun das Material, welches unsere Quellen uns für unsere Frage an einzelnen Entscheidungen darbieten. Außerdem aber finden wir in l. 136. de R. J. (50. 17.) noch die allgemeine aus Paulus lib. 18. ad Edict. entlehnte Regel: Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quoties lex impedimento non est. Wenn diese Regel auch in ihrem ursprünglichen Zusammenhang blos eine Beziehung auf die Usucapion gehabt hätte, so ist sie doch von den Compilatoren zur allgemeinen Gültigkeit erhoben. Allein auch jene Beziehung ist unwahrscheinlich, indem Paulus im lib. 18 ad Edictum gar nicht von der Usucapion sprach, sondern unter andern gerade von solchen Klagen, die ursprünglich dem Eigenthümer oder gegen ihn gegeben waren und deren Ausdehnung

---

1) Auch diesen Ausdruck scheint das SC. Silan. gebraucht zu haben. S. l. 1. pr. ibid.: „de publica quaestione a familia necatorum habenda."

2) L. 2. §. 14. vi bon. rapt. (47. 8.)

3) Bei der act. quod jussu und dem Verbot der Tortur der Sklaven in caput domini. S. oben.

auf den bon. fid. poss. in Frage stehen mochte, nämlich von der aquae pluv. arc. act. und den Noxalklagen [1]).

Welchen Gebrauch dürfen wir nun von jenem Material machen? Dürfen wir dem bon. fid. poss. auch andere Klagen des Eigenthümers ohne ausdrückliches Quellenzeugniß verstatten oder wohl gar die völlige Gleichheit des putativen und wirklichen Eigenthums als Princip aufstellen? Hinsichtlich einiger Klagen darf man nun wohl unbedenklich einen Schritt weiter gehen, als unsere Quellen, wie dies denn auch vielfach geschehen ist. Nämlich zuerst hinsichtlich der act. finium regundorum [2]). Wird dem bon. fid. poss. die act. comm. dividundo [3]) gegeben, weshalb soll man ihm jene Klage verweigern? Wenn sie, wie Paulus in l. 1. fin. reg. (10. 1.) sagt, pro vindicatione rei ist, so wäre es inconsequent sie dem bon. fid. poss., insoweit er die Publiciana hat, nicht gestatten zu wollen. Ferner hinsichtlich der act. confessoria und negatoria [4]). Man stützt diese Ausdehnung gewöhnlich auf l. 18. de pign. (20. 1.), worin die Wirksamkeit des vom bon. fid. poss. bestellten Pfandrechtes ausgesprochen wird, auch wohl auf l. 11. §. 1. de Public. (6. 2.), worin es heißt: Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur, itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam u. s. w. Allein letztere Stelle spricht, wie man sieht, nicht von unserer Frage, erstere noch weniger. Richtiger ist es, wenn man jene Ausdehnung auf das Verhältniß der act. neg. und conf. zur reivindicatio oder der derselben nachgebil-

1) L. 22, 24, 26. de noxal. act. (9. 4.) l. 7. de aq. pl. (39. 3.)

2) Voet Comm. lib. X. tit. I. §. 6. Glück, Erl. der Pand. B. 10. S. 465. Anm. 44.

3) L. 7. §. 2. Comm. div. (10. 3.)

4) Schon die Glosse zu l. 1. §. 2. Si serv. vind. giebt sie utiliter auch dem bon. fid. poss. Glück, Erl. der Pand. B. 10. S. 228. Note 45. Mackeldey, Lehrbuch §. 293 a. f. — Luden, die Lehre von den Servituten §. 100. v. Vangerow, Leitfaden §. 354. E. Hoffmann, die Lehre von den Servituten B. 2. §. 129. Puchta im Rhein. Mus. B. 1. S. 182.

deten Publiciana stützt. Wie man von der in rem actio auf die comm. divid. und fin. reg. actio schließen darf, so auch auf jene Klagen. Die römischen Juristen thun dies auch z. B. in der l. 3. §. 3. de O. N. N. (39. 1.), wo vom Superficiar die Rede ist, und gefragt wird: an possim nunciare? wird geantwortet: Sed Praetor mihi utilem in rem actionem dat et ideo et servitutum causa actio mihi dabitur et Operis Novi Nunciatio debeat concedi. Aehnlich in der l. 16. de Servit. (8. 1.) Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum utilem petitionem servitutis dari, sicut ipsius fundi utilis petitio dabitur. Gesteht man nun dem bon. fid. poss. die act. conf. und neg. zu, so muß man auf Grund derselben ihm auch die Operis Novi Nunciatio verstatten. Denn sie erscheint bei den römischen Juristen wieder als Folge jener Klagen, z. B. in l. 9. de O. N. N. (39. 1.) Creditori .... permittendum est de jure i. e. de servitute opus novum nunciare, nam ei vindicatio servitutis datur, und in der citirten l. 3. §. 3. ibid.

Auf diesem Wege nun, indem man von einer Klage zur andern steigt, würde man allerdings dem bon. fid. poss. schon manche Klagen [1]) verschaffen können, die ihm nicht ausdrücklich in unsern Quellen gegeben sind. Allein das auf diese Weise gewonnene Resultat würde nicht befriedigend sein; manche Klagen, bei denen wir jenen nothwendigen Zusammenhang mit der in rem actio nicht darthun könnten, müßten wir dem bon. fid. poss. versagen, die ihm verstatteten Klagen würden aber nicht in dem ganzen Rechtsverhältnisse der bon. fid. poss. ihren Grund und Mittelpunkt haben, sondern nur in der act. Publ., einem einzelnen Ausflusse desselben. So wenig man aber dieses Hülfsmittel zur Ergänzung der bon. fid. poss. in Ermangelung eines bessern verschmähen dürfte, so sehr muß man

1) Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht B. 2. Abth. 2. S. 552. behauptet, daß man es auch hinsichtlich der condictio furtiva zu thun pflege.

doch bemüht sein, dasselbe durch ein allgemeines Princip entbehrlich zu machen. Es soll unsere Aufgabe sein, zu untersuchen, ob sich ein solches aus dem oben mitgetheilten Material abstrahiren läßt.

Soviel erhellt nun auf den ersten Blick, daß die römische Jurisprudenz bei der Behandlung der bon. fid. poss. den groben Fehler, den Tiegerström ihr andichtet, nicht beging, nämlich die Fiction der vollendeten Usucapion nicht von der actio Publiciana abtrennte und als allgemeines Regulativ der bon. fid. poss. aufstellte. Zuerst ist nämlich die Idee eines vollständigen Parallelismus zwischen dem wirklichen und putativen Eigenthum zur Zeit der classischen Jurisprudenz noch in der Bildung begriffen. Erst bei Paulus (l. 136. de R. J.) scheint sie die Form eines bewußten Princips angenommen zu haben, bei Ulpian ist sie noch nicht zum Durchbruch gekommen. Dann aber suchen die römischen Juristen, wo sie eine Gleichstellung des wirklichen und putativen Eigenthums vornehmen, nirgends für dieselbe in jener Fiction einen gesetzlichen Anhaltspunkt, sondern sie bedienen sich hier Ausdrücke, die deutlich zeigen, wie wenig sie ihren Neuerungen eine objective Grundlage zu geben im Stande sind, wie z. B. potest dici, puto, dicendum puto.

Jene Idee eines Parallelismus zwischen dem wahren und putativen Eigenthum gehört also nicht dem Prätor, sondern lediglich der römischen Jurisprudenz an; es wird nicht uninteressant sein, ihre schrittweise Entwicklung an den uns zu Gebote stehenden Beispielen zu verfolgen. Julian giebt bereits bei der Verpfändung einer res bon. fid. possessa dem Pfandgläubiger die act. Serviana, Marcellus die act. quod jussu gegen den bon. fid. poss. des Sklaven. Ulpian erzählt uns, daß manche den bon. fid. poss., wenn er die cautio damni infecti zu leisten habe, zur satisdatio verpflichteten, er selbst aber meint, bei ihm genüge, wie beim wirklichen Eigenthümer, die bloße repromissio. Während er die act. leg. Aquil. noxalis gegen den bon. fid. poss. nicht geben will,

läßt er dagegen die act. furti noxalis und alle Klagen, welche gegen den, der den Sklaven in potestate hat, gegeben werden, allerdings zu. In manchen Fällen versteht er unter dem Ausdruck dominus auch den bon. fid. poss., in andern wieder nicht. Marcellus und er versagen dem bon. fid. poss. noch den Anspruch auf cautio damni infecti; Paulus dagegen ist hier wieder einen Schritt weiter gegangen. Er spricht in l. 18. pr. de dam. inf. (39. 2.) die Kaution jedem zu, cujus in bonis et cujus periculo res est z. B. sogar dem Käufer vor der Tradition, also auch dem bon. fid. poss., da die Sache, wie wir oben bewiesen haben, zu seinen bonis gerechnet wird. Die allmählige Ablösung dieser cautio vom Eigenthum haben wir bereits S. 104. kennen lernen. Bei dieser Tendenz der römischen Juristen, die bon. fid. poss. dem Eigenthum immer mehr anzunähern, kann es nicht überraschen, wenn Paulus endlich in der l. 136. de R. J. beide einander insoweit gleichstellt, als nicht das Gesetz eine Ausnahme machte, und man würde Unrecht thun, diese Regel deswegen auf die Usucapion zu beschränken, weil sie in ihrer Allgemeinheit von den übrigen römischen Juristen nicht angewandt wird. Denn wir geben ja zu, daß jene Tendenz erst in Paulus ihren Abschluß erlangt hat und früher nicht mit Entschiedenheit und Consequenz hervorzutreten wagte. Für die Bearbeitung unserer Frage muß also der Gesichtspunkt eines allmähligen und versuchsweisen Fortschrittes der leitende sein.

Ihn müssen wir auch im Auge behalten, wenn wir die S. 104 u. f. mitgetheilten vier Fälle, in denen der bon. fid. poss. dem Eigenthümer nicht gleichgestellt wird, würdigen wollen. Eine nähere Betrachtung derselben ist aber durchaus nöthig; sie mußte bis jetzt aufgeschoben werden, weil sie mit Erfolg erst von dem eben gewonnenen Standpunkte aus möglich ist.

In zwei der genannten Fälle, nämlich dem sub 2 und 4 mitgetheilten (der act. in fact. ob mortuum illatum und dem SC. Silanianum) stellte Ulpian den bon. fid. poss. aus dem

Grunde dem Eigenthümer nicht gleich, weil die gesetzliche Bestimmung vom dominus sprach. Fragen wir nun, ob dies ein hinreichender Grund war, so müssen wir diese Frage offenbar verneinen. Denn das ist ja gerade das Charakteristische der analogen Ausdehnung, daß sie über den Inhalt des Gesetzes hinausgeht und dem beschränkten Moment, an welches das Gesetz eine bestimmte Folge knüpfte, ein allgemeineres unterschiebt. Wollte Ulpian die analoge Ausdehnung des Eigenthums auf die bon. fid. poss. überhaupt verwerfen, wie konnte er sie in andern Fällen zulassen? Ließ er sie überhaupt zu, wie konnte er dann in jenen beiden Fällen an dem Worte: dominus Anstoß nehmen? Die act. quod jussu, das Verbot der Tortur der Sklaven, das Edict des Prätors über die cautio damni infecti bezogen sich ausdrücklich auf den dominus, und dennoch ließ Ulpian sich dadurch nicht abhalten, sie auch auf den bon. fid. poss. auszudehnen. Ulpian beging also eine sehr große Inconsequenz, und man kann deshalb seine beiden Entscheidungen nicht gegen die von uns behauptete Gleichheit des putativen und wirklichen Eigenthums geltend machen.

Dasselbe gilt auch von der Ansicht des Marcellus und Ulpian, daß der bon. fid. poss. keinen Anspruch auf die cautio damni inf. habe (sub 1. S. 104.) — eine Ansicht, die man mit Recht immer etwas wunderbar gefunden hat[1]). Marcellus schien sich an der Fassung der Stipulation zu stoßen; inutiliter, sagt er in der oben angeführten l. 11. de damn. inf. (39. 2.), ei caveri, nam nec committi in hujus persona stipulationem. Ulpian fügt aber hinsichtlich des Pfandgläubigers hinzu: acquissimum tamen puto, huic prospiciendum i. e. creditori per stipulationem. Wenn nun Ulpian sich hinsichtlich des Pfandgläubigers über die enge Fassung der Stipulation hinwegsetzte, wenn die Praxis dasselbe bereits hin-

1) Ant. Faber Conject. lib. II. c. 17. will deswegen mit gewohnter Willkühr die Schlußworte der l. 11. cit. „i. e. creditori per stipulationem" als ein Glossem der Abschreiber streichen. Allein l. 13. §. 9. ibid. würde immer noch entgegenstehen.

sichtlich des Usufructuars und Superficiars gethan hatte[1]), wie wenig brauchte man sich dann zu scheuen, auch zu Gunsten des bon. fid. poss. die strenge Wortinterpretation zu verlassen. Welch einen Mißklang mußte die Versagung der caut. d. inf. in die bon. fid. poss. bringen! Man verhalf dem bon. fid. poss. wieder zu dem verloren gegangenen Besitz, man gab ihm eine act. in factum wegen Verletzung der Sache und versagte ihm, während er sich im Besitz befand, ein Schutzmittel desselben, dessen Gewährung weder dem wahren Eigenthümer, noch dem zur Kaution Verpflichteten geschadet haben würde. Ulpians Inconsequenz ist, wie schon oben gezeigt ward, glücklicherweise durch Paulus berichtigt. Am interessantesten ist der letzte Fall (S. 105 u. f.). Ulpian spricht in der oben citirten l. 1. §. 1. de servo corr. (11. 3.) dem bon. fid. poss. die act. servi corrupti zuerst aus dem Grunde ab, „quia nihil ejus interest, servum non corrumpi“ und dann, damit nicht die Absurdität eintrete, „ut duobus actio servi corrupti competat.“ Während es in den andern Fällen nur ein äußerer Grund ist, aus dem der bon. fid. poss. dem Eigenthümer nicht gleichgestellt wird, geschieht dasselbe hier aus zwei Gründen, die aus dem Wesen der bon. fid. poss. hergenommen zu sein scheinen. Wenn sie in ihrer Allgemeinheit wahr sind, so ist damit der von uns behauptete Parallelismus zwischen dem putativen und wirklichen Eigenthum unbegründet und die Fälle, in denen die römischen Juristen ihn haben eintreten lassen, sind als Ausnahmen zu betrachten.

Untersuchen wir zuerst den ersten Grund, aus dem Ulpian dem bon. fid. poss. die act. servi corrupti abspricht — das mangelnde Interesse. Insofern könnte man nun das Interesse des bon. fid. poss. an der Sache in Abrede stellen, als sein Recht ein durchaus prekäres ist; der Eigenthümer kann ihm vor vollendeter Usucapion jeden Augenblick die Sache entreißen. Allein kaum brauche ich zu sagen, daß die Römer

---

1) L. 13. §. 8. de damn. inf.

diese Auffassung durchaus nicht theilten. Wie hätte man dem bon. fid. poss. die act. furti zugestehn können, die ja nur dem gegeben wird, cujus interest[1]? wie eine act. in factum wegen Beschädigung der Sache? Wie hätte man einen Vermögenswerth der bon. fid. poss. annehmen können? Mag das Recht des bon. fid. poss. dem Eigenthume gegenüber immerhin Leben und Werth verlieren; dritten Personen gegenüber hat es bekanntlich beides. Unerklärlich bleibt es daher, wie Ulpian bei einer corruptio des Sklaven dem bon. fid. poss. eine Entschädigung versagen kann, die er ihm doch bei einer unter den Begriff des damnum injuria datum fallenden Beschädigung des Sklaven zugestehn will. Wie es scheint, hielt auch Ulpian selbst seinen Grund für etwas problematisch; er fügt auf den Fall, daß er mit ihm nicht durchdringen sollte, einen zweiten hinzu, den nämlich, daß man doch nicht dem Eigenthümer und dem bon. fid. poss. die act. servi corr. zugestehen könne. Fragen wir nun nach der Haltbarkeit dieses Grundes, so ist so viel gewiß, daß man den bon. fid. poss. weder auf Kosten des Eigenthümers, noch dritter Personen begünstigen durfte, also weder dem Eigenthümer die Klage nehmen, um sie dem bon. fid. poss. zu ertheilen, noch auch allen beiden die Klage auf das Ganze geben und so den Beklagten doppelt belasten. Allein wenn man, um beides zu vermeiden, dem bon. fid. poss. die Klage absprach, so war dieser Ausweg wieder ebenso verwerflich. Man stellte dann den bon. fid. poss. von der einen Seite bloß, während man ihn von der andern geschützt hatte. Ließ sich nun diese Inconsequenz vermeiden, ohne irgendwie dem Eigenthümer oder dritten Personen zu nahe zu treten? Es gab hier einen doppelten Weg. Entweder nämlich gestattete man dem bon. fid. poss. wie die Anstellung der in rem act. so auch die aller andern Klagen, die dem Eigenthümer, wenn er selbst besäße, zustehen würden, und wies den

---

1) L. 12. §. 1. de furtis (47. 2.) actio furti . . . soli bonae fidei possessori, non etiam malae fidei datur.

Eigenthümer an den bon. fid. poss., um sich von diesem das durch Anstellung jener Klagen Gewonnene restituiren zu lassen [1]) — oder man ließ bei allen Klagen eine Theilung eintreten und zwar in der Art, daß man dem bon. fid. poss. die Klage bis auf den Werth der bon. fid. poss., dem Eigenthümer bis auf den Werth des reinen [2]) Eigenthums gab. Als Analogie kann hier die Theilung der Klagen zwischen dem Eigenthümer und Usufructuar dienen [3]).

Jener hat bei Verletzung der Sache nur insoweit die Klage, als dadurch der Werth des reinen Eigenthums, dieser insoweit, als der Werth des Usufructus vermindert ist. Ebenso könnte man auch den Werth einer bona fide besessenen Sache zerlegen, in den, welchen die bon. fid. poss., und den, welchen das reine Eigenthum hat. Und in der That wissen wir ja, daß die Römer einen Vermögenswerth der bon. fid. poss. annehmen. Dies geht zunächst daraus hervor, daß die bona fide besessene Sache, wie wir oben gesehen haben, zu den bonis gehört, daß man durch Verschenkung derselben ärmer wird u. s. w. Dann wird aber auch in einigen Stellen, wie in der l. 3. §. 11. Uti poss. (43. 17.), der l. 41. §. 2. quod metus c. (4. 2.) und mit besonderer Rücksicht auf den Fall, wenn Eigenthümer und bon. fid. poss. zugleich klagen, in der l. 74. de furtis (47. 2.) [4]) das pretium possessionis ausdrücklich vom pretium rei unterschieden. Hat man aber der bon. fid. poss. einer Sache einen Werth beigelegt, so hat

---

1) Aehnlich also wie hinsichtlich der fructus exstantes.

2) Der Kürze wegen bediene ich mich dieses Ausdrucks, um damit das Eigenthum ohne den Besitz zu bezeichnen.

3) Z. B. in l. 11. §. ult., l. 12. quod vi (43. 24.) l. 30. §. 1. ad leg. Aq. (9. 2.), l. 46. §. 1. de furt. (47. 2.) . . dividetur igitur actio inter dominum et fructuarium: fructuarius aget de fructibus vel quanti interfuit ejus, furtum factum non esse, dupli u. s. w.

4) . . nec nos movere debet, quod duobus poena furti praestabitur: quippe, cum ejusdem rei nomine praestetur, emtori ejus possessionis, domino ipsius proprietatis causa praestanda est.

man ebendamit den Werth des Eigenthums um ebensoviel vermindert, denn die Summe aller einzelnen Rechte an einer Sache kann nie mehr betragen, als der ganze Werth der Sache. In welchem Verhältniß nun der Werth der bon. fid. poss. zu dem des reinen Eigenthums steht, in demselben Verhältnisse könnte man die Klage zwischen dem bon. fid. poss. und Eigenthümer theilen. Natürlich aber dürfte eine solche Theilung nur dann eintreten, wenn der Grund der Klage, das Delict des Dritten, den Sachwerth verringert hat, also z. B. bei der act. leg. Aq., nicht aber dann, wenn das Delict, ohne jenen zu vermindern, nur gegen das räumliche Verhältniß des Besitzers zur Sache gerichtet war, z. B. nicht bei der act. furti u. s. w.[1]). Der Werth des Eigenthums wird dadurch ja nicht verringert, daß statt des frühern Besitzers jetzt der Dieb die Sache besitzt. Diese Beschränkung ist aber durchaus keine Ausnahme, sondern nur eine Anwendung des aufgestellten Gesichtspunktes, daß Eigenthümer und bon. fin. poss. die Klagen nur insoweit haben sollen, als ihr Interesse reicht.

Auf diese Weise würden wir weder dem Eigenthümer und dem Beklagten zu nahe treten, noch auch den bon. fid. poss. schutzlos lassen. Wenn wir nun Ulpians obige Worte: „ne actio duobus competat" in dem Sinne verstehen, daß dieselbe Klage nicht beiden ihrem ganzen Betrage nach, also doppelt gegeben werden könne, so sind sie dem von uns gefundenen Resultat nicht entgegen. Verstehen wir sie aber in dem Sinne, daß sie die Statthaftigkeit der von uns vorgeschlagenen Theilung in Abrede stellten, so wollen wir dieses äußere Zeugniß gegen uns durch ein anderes äußeres Zeugniß für uns aus dem Wege räumen. Weisen wir nach, daß bei der Beschädigung oder Vernichtung der Sache Eigenthümer und bon. fid. poss. klagen können, so heben die Widersprüche in unsern Quellen sich gegenseitig auf, und die Con-

1) In l. 74. de furt. (47. 2.) war die Sache zwei Mal gestohlen, das erste Mal dem Eigenthümer, das zweite dem bon. fid. poss.

sequenz hat freies Spiel; es tritt also dann die angegebene Theilung der Klagen ein. Jenen Beweis liefert uns nun der Pandectentitel ad legem Aquiliam (9. 2.). Nach l. 11. §. 8.[1]) und l. 17. pr.[2]) daselbst hat der bon. fid. poss. wegen Beschädigung oder Vernichtung der Sache eine act. in factum. Dagegen kann aber nach l. 38.[3]) desselben Titels auch der Eigenthümer die act. leg. Aq. anstellen wegen eines, während der Zeit, da der bon. fid. poss. besaß, angestifteten Schadens. Hier haben wir also eine Klage, die ursprünglich nur dem Eigenthümer zustand, in späterer Zeit aber neben ihm auch dem bon. fid. poss. gegeben ward, und zwar eine weit umfassendere und wichtigere Klage, als die act. de servo corrupto. Ja, es wird diese Klage sogar dem Eigenthümer gegen den bon. fid. poss., wie letzterm gegen jenen gegeben. Unmöglich kann sie aber beiden auf das Ganze gegeben werden, es muß hier also eine Theilung eintreten, und für letztere kann nur der Werth beider Rechte den Theilungsmaßstab abgeben[4]).

Daraus folgt nun denn, daß der Grund, aus dem Ulpian dem bon. fid. poss. die act. servi corrupti versagt: ne actio duobus competat, seine Entscheidung nicht rechtfertigt. Wollte Ulpian damit sagen, die Klage kann nicht jedem zum ganzen Betrage gegeben werden, so folgt daraus noch nicht, daß beide sich nicht darein theilen können. Wollte er

---

1) Ulpianus: Sed si servus bona fide alicui serviat, an ei competit Aquiliae actio? Et magis in factum actio erit danda.

2) Ulpianus: Si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessori vel ei, qui pignori accepit, in factum actione tenebitur.

3) Julianus: Si eo tempore, quo tibi meus servus, quem bona fide emisti, serviebat, ipse a servo tuo vulneratus est, placuit omni modo me tecum recte lege Aquilia experiri.

4) In l. 74. de furt. (47. 2.) haben wir den Fall, daß Eigenthümer und bon. fid. poss. die act. furti anstellen, aber wegen zwei verschiedener Entwendungen; jener bekommt das duplum, quanti ea res fuerit, proprietatis causa, dieser das duplum, quanti ejus interest, possessionis causa.

aber letzteres für unstatthaft erklären, so kommt er mit sich und andern Juristen in Widerspruch. Denn er selbst giebt ja bei einer Verletzung der Sache dem bon. fid. poss. eine act. in factum, dem Eigenthümer wird er aber doch die act. leg. Aq. ebensowenig haben entziehen wollen, wie die act. de servo corrupto, es blieb ihm also bei der Concurrenz von zwei Berechtigten nichts übrig, als Theilung des Objects. Da nun Ulpian hier auf letzteres Mittel nicht verfiel oder dasselbe nicht billigte, so beging er denn die große Inconsequenz, dem bon. fid. poss. die act. servi corrupti völlig abzusprechen.

Wenn wir jetzt das Resultat der bisherigen Betrachtung zusammenfassen, so haben wir gefunden, daß die Gründe, mit denen Ulpian in den genannten vier Fällen seine Ansicht rechtfertigen will, durchaus unhaltbar sind. Wäre Ulpian selbst von ihrer Richtigkeit überzeugt gewesen, so würde er sicherlich nicht in dem einen Falle zu diesem, in dem andern zu jenem Grunde gegriffen haben, noch auch überhaupt Bestimmungen, die ausdrücklich vom Eigenthümer sprachen, auf den bon. fid. poss. haben ausdehnen dürfen. Wenn er nun an der einen Stelle letzteres thut, an der andern Stelle sich hinter den Ausdruck dominus flüchtet, um den bon. fid. poss. abzuweisen, oder wohl gar ihm das Interesse an der Sache abspricht, so kann man wohl mit Sicherheit behaupten, daß Ulpian in unserer Frage gar keine bestimmte Ansicht gehabt hat und sich selbst nicht klar gewesen ist. Den oben mitgetheilten vier Stellen können wir daher nur einen historischen Werth beilegen: sie zeigen uns, wie mühsam sich die Idee eines vollständigen Parallelismus zwischen dem putativen und wirklichen Eigenthum ihre Anerkennung verschaffen mußte, wie selbst noch Ulpian in dem einen Falle von ihr ausging, in dem andern sie verläugnete.

Für das heutige Recht müssen wir nun folgende Regel aufstellen. Der bon. fid. poss. gilt Dritten gegenüber als Eigenthümer, allein alle einzelnen Ausflüsse des Eigenthums mit Ausnahme der in rem actio hat er nicht zu ihrem ganzen

Betrage, sondern nur nach Maßgabe seines Interesses. Consequenterweise hätte man auch die act. Publiciana auf die Summe beschränken müssen, auf die sich der Werth der bon. fid. poss. beläuft. Allein die Fiction der vollendeten Usucapion stellte diese Klage hierin der reivindicatio ganz gleich; der Beklagte muß also bei dieser Klage dem bon. fid. poss. dasselbe leisten, wie wenn er wirklicher Eigenthümer wäre. Bei den übrigen Klagen aber tritt diese Fiction nicht ein, hier hat also die Consequenz freies Spiel, der bon. fid. poss. hat mithin jede einzelne Klage nur theilweise, nämlich in dem Verhältnisse, in dem der Werth seiner bon. fid. poss. zu dem des Eigenthums steht. Für den übrigen Theil hat er einen Regreß an seinen Autor, denn er würde ja die Klage zu ihrem ganzen Betrage gehabt haben, wenn letzterer, wie er verpflichtet war, das Eigenthum auf ihn übertragen hätte. Dies folgt aus allgemeinen Grundsätzen und läßt sich zum Ueberfluß noch durch ein positives Zeugniß erweisen [1]), nämlich durch l. 35. §. 4. de cont. emt. (18. 1.), worin es für den Fall, daß die verkaufte Sache dem Verkäufer ohne seine culpa gestohlen ist, heißt: vindicationem et condictionem (venditor) exhibeat emtori, unde videbimus in personam ejus, qui nullam vindicationem aut condictionem habere possit (weil er nicht Eigenthümer war); ob id ipsum damnandus est, quia, si rem suam vendidisset, potuisset eas actiones ad emtorem transferre.

Wenn nun der bon. fid. poss. die Klagen des Eigenthümers in dem angegebenen Maße hat, so muß er diejenigen Klagen, die die Existenz des Rechts zur Zeit ihrer Anstellung nicht voraussetzen, sondern nur zur Zeit ihrer Entstehung, wie z. B. die act. leg. Aq. und act. furti auch dann noch anstellen können, wenn der Eigenthümer ihm bereits die Sache

---

1) Dies wird oft übersehen, z. B. von Glück, Erl. der Pand. B. 10. S. 372. Not. 11. und von dem dort angeführten Scholiasten der Basiliken ad lib. 60. tit. 3. const. 17. ad voc. Possessori (Fabrot. tom. VII. p. 80.)

evincirt hat. Denn auch der Eigenthümer würde jene Klagen nach Verlust seines Eigenthums behalten. Diese Klagen wandeln ja nicht mit der Sache, sondern setzen blos zur Zeit ihrer Entstehung die Existenz des dinglichen Rechts voraus, werden aber sofort unabhängig von demselben. Wenn nun die von mir bona fide besessene Sache beschädigt wird, so habe ich eine act. in factum zu dem oben angegebenen Betrage, und letzterer vermindert sich weder, wenn mir später die Sache evincirt wird, noch vermehrt er sich, wenn ich später die Sache usucapire. Für den Eigenthümer wie für den bon. fid. poss. dauern also diese Klagen in derselben Weise fort, wie sie einmal entstanden, mag später der bon. fid. poss. Eigenthümer werden oder seine bon. fid. poss. verlieren. Solche Klagen hingegen, die zur Zeit ihrer Anstellung auch die Existenz des Rechts voraussetzen, wie die in rem actio, die act. comm. divid., aquae pluv. arc., die caut. damni inf., u. a. kann man dem bon. fid. poss. nur so lange zugestehen, als das Recht existirt, dessen Ausflüsse sie sind, d. h. so lange der Eigenthümer nicht sein Eigenthum geltend macht.

Auf diese Weise würde man nun unsere Ansicht, daß der bon. fid. poss. die Rechte des Eigenthümers in demselben Verhältnisse theilt, als der Werth seines Rechts zu dem des Eigenthums steht, durchführen müssen. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergiebt sich aus den im bisherigen bereits mitgetheilten Gründen. Wir wollen sie hier der Uebersicht wegen zusammenstellen.

1) Den Schutz des bon. fid. poss. auf die act. Publ. beschränken zu wollen, wäre ein großer Widerspruch gewesen. Wenn man ihm das Mittel gab, einem Dritten, der sich kein Delict gegen ihn hatte zu Schulden kommen lassen, die Sache zu entziehen, um wie viel eher mußte man ihn gegen Delicte Dritter schützen.

2) Die römischen Juristen haben auch aus diesem Grunde den bon. fid. poss. in vielen Fällen dem Eigenthümer gleichgesetzt, und Paulus erklärt in der l. 136. de R. J., daß man

es in allen Fällen thun müsse, soweit nur das Gesetz keine Ausnahme gemacht habe. Weshalb soll man dieser Regel einen andern, als diesen Sinn unterlegen, da die frühere Jurisprudenz eine unverkennbare Tendenz zu derselben hat?

3) Wenn aber der bon. fid. poss. alle Rechtsmittel des Eigenthümers hat, so kann er sie doch nur theilweise haben, nämlich in dem Verhältnisse, in welchem der Werth seines Rechts zu dem des Eigenthums steht,

a) weil man den Eigenthümer nicht bloß stellen darf, um den bon. fid. poss. zu schützen;

b) weil Niemand weiter klagen kann, als er ein Interesse hat, das des bon. fid. poss. aber durch den Werth der bon. fid. poss., nicht durch den des Eigenthums bestimmt wird.

Daß aber die bon. fid. poss. einen Vermögenswerth hat, ist oben zur Genüge erwiesen. Wenn dies aber der Fall ist, so ist damit der Werth des reinen Eigenthums um so viel vermindert, der Eigenthümer kann also auch die Klagen nicht zum vollen Betrage anstellen, weil mit dem Werthe seines Rechts auch die Höhe seines Interesses geringer geworden ist, als wenn er die Sache selbst besäße.

So nothwendig mir nun dies Resultat scheint, so will ich folgende beide Einwürfe gegen dasselbe gern zugeben:

1) daß die Theilung der Rechtsmittel zwischen Eigenthümer und bon. fid. poss. nicht ausdrücklich in unsern Quellen vorgeschrieben ist;

2) daß sie in practischer Hinsicht große Schwierigkeiten hat. Allein auf den ersten Einwurf ist zu antworten, daß es unbenommen bleibt, Consequenzen zu ziehen, die die römischen Juristen nicht gezogen haben; auf den zweiten aber, daß zwar der Gesetzgeber über, die Wissenschaft aber unter der Consequenz steht, daß es also der Wissenschaft nicht zum Vorwurf gemacht werden kann, wenn sie durch die Consequenz auf Resultate gelangt, die sich practisch nur sehr schwer realisiren lassen, daß man aber in einem solchen Falle wohl an

den Gesetzgeber die Anforderung stellen darf, durch eine heilsame Inconsequenz uns von der Tyrannei der Consequenz zu befreien.

Sollte nun das gefundene dogmatische Resultat auch keinen Beifall finden, so hoffe ich, daß der gegenwärtige Versuch wenigstens den Erfolg haben wird, eine genügendere Bearbeitung unserer so sehr wichtigen Frage anzuregen. Die Ueberzeugung wird aber der gegenwärtige Versuch gewiß bei jedem hervorgerufen haben, daß die Uebertragung der in rem actio auf die bon. fid. poss. eine für die Harmonie des bisherigen Rechts sehr gefährliche Maßregel war, mochte man es nun bei diesem Schutze der bon. fid. poss. bewenden lassen oder weiter gehn; und daß ebenso auch für eine heutige Legislation eine Regulirung der bon. fid. poss. ein ebenso schwieriges Problem ist, als sie durchaus nöthig ist.

II.

Die Analogie des Eigenthums bei den jura in re aliena.

Dieselben Erscheinungen, die wir im bisherigen bei der bonae fidei possessio gefunden haben — die Tendenz, sich dem Eigenthum zur Seite zu stellen, das allmählige Wachsthum derselben, die Aengstlichkeit der römischen Juristen u. s. w. — treffen wir auch bei den jura in re aliena wieder. Auch bei ihnen hatte die Legislation nur die Hauptzüge gegeben; es blieb also auch hier der römischen Jurisprudenz überlassen, die nothwendige Vervollständigung derselben vorzunehmen, also die Schutzmittel des Eigenthums auf jene Rechte auszudehnen. Diese Uebertragung war hier theils unbedenklicher, theils bedenklicher, als bei der bonae fidei possessio. Unbedenklicher insofern, als jene Rechte nicht den prekären Charakter der bon. fid. poss. theilen, sondern ebenso wie das Eigenthum ihrer Dauer wie ihrer Richtung nach absoluter Natur sind. Dann auch aus dem Grunde, weil bei den meisten dieser Rechte, nämlich der Superficies, Emphyteusis und

dem Pignus jene Uebertragung in der That nur auf directem Wege bewerkstelligte, was sonst auf indirectem Wege — durch Cession der einzelnen Klagen von Seiten des Eigenthümers — hätte vermittelt werden müssen [1]). Die Innehaber der genannten dinglichen Rechte würden also, wenn man ihnen utiliter die Rechtsmittel des Eigenthümers eingeräumt hätte, eben wegen ihrer obligatorischen Stellung zum Eigenthümer materiell nichts Neues erhalten haben. Allein auch bei den Servituten, namentlich dem Usufructus würde jene analogische Ausdehnung insofern weit weniger gefährlich gewesen sein, wie bei der bon. fid. poss., als jene Rechte Theile des Eigenthums sind und einen absoluten Schutz genießen gegen den Eigenthümer sowohl wie gegen Dritte.

Nach einer andern Seite hingegen war jene Ausdehnung bei den jura in re aliena bedenklicher, als bei der bon. fid. poss. Denn letztere ist zwar nur ein Schatten des Eigenthums, allein ein Schatten des ganzen Eigenthums; jene Rechte hingegen sind zwar von derselben Stärke wie das Eigenthum, allein nicht von demselben Umfange. Dort ist mit andern Worten eine extensive, hier eine intensive Aehnlichkeit vorhanden. Ließ sich nun ohne weiteres vom Theile dasselbe behaupten, was von dem Ganzen galt? Wir wollen jetzt untersuchen, wie sich die römische Jurisprudenz hierbei benahm; auch bei dieser Frage muß unsere Aufgabe zunächst auf eine möglichst vollständige Aufzählung aller einzelnen Fälle gerichtet sein, in denen die jura in re aliena dem Eigenthum gleichgestellt werden. Es sind dies folgende.

I. Was den Schutz jener Rechte anbetrifft, so werden den Innehabern derselben folgende Klagen ausdrücklich eingeräumt:

---

1) L. 1. §. 1. de superf. (43. 18.) . . . Sin autem ab alio prohibeatur (superficiarius), praestare ei actiones suas debet dominus et cedere. Sed longe utile visum est . . . ., quia melius est possidere potius, quam in personam experiri, hoc Interdictum proponere et quasi in rem actionem polliceri.

1) die actio ad exhibendum

L. 3. §. 3, 4. ad exhibend. (10. 4.) Ulp. ei competit, qui in rem acturus est qualicunque in rem actione, etiam pignoratitia, Serviana sive hypothecaria, quae creditoribus competunt. Sed et usum fructum petituro competere ad exhibendum Pomponius ait;

2) die act. communi dividundo

a) dem Emphyteuta,

L. 7. pr. Comm. div. (10. 3.) Ulp. locum habet et in vectigali agro;

b) dem Superficiar,

L. 1. §. 8. de superf. (43. 18.) Ulp. . . . etiam utile comm. div. judicium dabimus;

c) dem Pfandgläubiger,

L. 7. §. 6. Comm. div. (10. 3.) Ulp. Si duo sint, qui rem pignori acceperunt, aequissimum esse, utile comm. div. judicium dari [1]);

d) dem Usufructuar.

Sabinus scheint sie ihm nach l. 32. de stip. serv. (45. 3.) abgesprochen zu haben. Paulus sagt hier: Si, cum duorum ususfructus esset in servo, is servus uni nominatim stipulatus sit ex re quae ad utrosque pertinet: Sabinus ait, quoniam soli obligatus esset, videndum esse, quemadmodum alter usuarius partem suam recipere possit, quoniam inter eos nulla communio juris esset. Sed verius est, utili comm. div. judicio inter eos agi posse.

Der letzte Satz rührt offenbar von Paulus her, wie aus dem est im Gegensatz zu dem esse und esset des Sabinus hervorgeht. Sabinus hatte also noch nicht gewagt, den Usufructuaren die act. comm. div. zu gestatten. Die Ausdehnung derselben

---

1) Auch wenn ihnen nicht von einem Eigenthümer, sondern von verschiednen Miteigenthümern die Sache verpfändet war. L. 7. §. ult. ibid. verb . . . creditor ab alio creditore alterius debitoris provocatus.

auf den Usufructuar scheint von Julian ausgegangen und schon bei seinen Lebzeiten von den Meisten gebilligt zu sein, zu Ulpians und Paulus Zeiten aber ganz festgestanden zu haben;

L. 13. §. 3. de usufr. (7. 1.) Ulp. Sed si inter duos fructuarios sit controversia, Julianus lib. 38. Digestorum scribit aequissimum esse, quasi comm. div. judicium dari vel stipulatione inter se eos cavere, qualiter fruantur . . . Quam sententiam Celsus quoque lib. 20. Digestorum probat et ego puto veram.

L. 4 de aq. quot. (43. 20.) i. f. Jul .... plerisque placuit.

L. 7. §. 7. Comm. div. (10. 3.) Ulp. . . dari debet;

3) die act. finium regund.

L. 4. §. 9. Fin. reg. (10. 1.) Paul. Fin. reg. actio et in agris vectigalibus et inter eos, qui usumfructum habent vel fructuarium et dominum proprietatis vicini fundi et inter eos, qui jure pignoris possident, competere potest.

L. 5. §. 3. Arb. furt. caes. (47. 7.) Paul. ... sicut actionem fin. reg. habet;

4) die act. confessoria und negatoria und eben deshalb auch die operis novi nunciatio.

Obgleich es nun zwar in der l. 2. §. 1. Si servitus vind. (8. 5.) Ulp. heißt: haec autem in rem actio confessoria nulli alii, quam domino fundi competit, so wird doch sie sowohl wie die act. neg. und die O. N. N. ohne Widerspruch dem Pfandgläubiger, Superficiar und Emphyteuta eingeräumt

a) dem Pfandgläubiger,

L. 16. de Serv. (8. 1.) Jul. Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum utilem petitionem servitutis dari, sicut ipsius fundi utilis petitio dabitur. Idem servari convenit et in eo, ad quem vectigalis fundus pertinet.

L. 9. de O. N. N. (39. 1.) Gaj. Creditori . . . permittendum est, de jure i. e. de servitute opus novum nunciare, nam ei vindicatio servitutis datur.

L. 1. §. 5. de remiss. (43. 25.) Ulp. Ei quoque, qui pignori fundum accepit, scribit Julianus non esse iniquum detentionem servitutis dari;

b) dem Superficiar,

L. 3. §. 3. de O. N. N. (39. 1.) Ulp. Si ego superficiarius sim et opus novum fiat a vicino, an possim nunciare? movet, quod qua si inquilinus sim. Sed Praetor mihi utilem in rem actionem dat et ideo et servitutum causa actio mihi dabitur et O. N. N. debeat mihi concedi.

L. 1. §. 9. de superf. (43. 18.) Ulp. Servitutes quoque Praetorio jure constituentur et ipsae ad exemplum earum, quae ipso jure constitutae sunt, utilibus actionibus petentur, sed et interdictum de his utile competit;

c) dem Emphyteuta,

L. 16. de servit. cit.

d) Streitig war es hingegen hinsichtlich des Usufructuars [1]). So viel wir wissen, war nur Julian dafür. Ulpian referirt uns in der l. 1. §. 4. de remiss. (43. 25.) Julians Ansicht, und fügt hinzu, consequent müsse man dem Usufructuar dann auch die O. N. N. einräumen. Die Compilatoren haben in der l. 2. de O. N. N. (39. 1.) eine Stelle aus Julians lib. 49. Digestorum aufgenommen, worin er sagt: Si autem

1) Galvanus sucht in dem 36. Capitel No. 8, 9. seines Werks de usufructu die vom Glossator Johannes Bassianus aufgestellte und von Vielen angenommene Ansicht durchzuführen, daß die römischen Juristen über unsere Frage gar nicht im Streit gewesen seien, vielmehr der anscheinende Widerspruch dadurch zu heben sei, daß Julian dem Usufructuar nicht proprio, sondern nur procuratorio nomine die Vindication der Servituten verstattet habe. S. darüber Luden, die Lehre von den Servituten S. 244. Anm. 8.

domino praedii (usufructuarius) nunciaverit, inutilis erit, neque enim sicut adversus vicinum, ita adversus dominum agere potest, jus ei non esse invito se altius aedificare, sed si hoc facto ususfructus deterior fiat, petere usum fructum debebit.

Dasselbe Mittel aber, welches Julian hier blos gegen den Eigenthümer in Anwendung bringen will, die Vindication des Usufructus, stellten die übrigen Juristen ganz allgemein als Surrogat der conf. und neg. auf und sprachen letztere Klagen dem Usufructuar überhaupt ab. Wie uns Paulus in l. 1. pr. Si ususfructus pet. (7. 6.) meldet, hatten bereits Labeo und Nerva behauptet, usumfructuarium servitutem quidem vindicare non posse, verum usum fructum vindicaturum ac per hoc vicinum, si non patiatur, eum ire agere, teneri ei, quasi non patiatur uti frui, und auch Marcellus habe dieser Ansicht vor der des Julian den Vorzug gegeben. Auch Ulpian schließt sich derselben an in der l. 5. §. 1. Si ususfr. pet. (7. 6.) . . . non servitutem, sed usum fructum vindicare debet, und in der l. 1. §. ult. de O. N. N. (39. 1.) Usufructuarius autem opus novum nunciare suo nomine non potest, sed procuratorio nomine nunciare poterit aut vindicare usum fructum ab eo, qui opus novum faciat, quae vindicatio praestabit ei, quod ejus interfuit, opus novum factum esse. Merkwürdiger Weise haben die Compilatoren unmittelbar auf diese so bestimmte Erklärung die mitgetheilte l. 2. folgen lassen, worin Julian geradezu das Gegentheil behauptet. Dagegen gestand man dem Usufructuar das interd. de itinere zu [1]), weil, wie Pomponius in der l. 2. §. 3. Si servit. vind. (8. 5.) Ulp. sagt: alibi de jure i. e. in confessoria actione, alibi de facto, ut in hoc interdicto, quaeritur. Auch Pomponius mißbilligt damit Julians Ausdehnung der Servitutenklagen, und man muß gestehen, daß letztere nicht nöthig war, indem die Vindication des Usufructus den

---

1) L. 3. §. 5, 8. de itinere (43. 19.)

Usufructuar vollkommen zum Zwecke führte, wenigstens was diese Klagen anbetrifft. Hinsichtlich der op. nov. nunc. machte es hingegen einen Unterschied, denn Julian würde sie dem Usufructuar haben verstatten können und müssen, wie dies Ulpian ja auch in der l. 1. §. 4. de remiss. cit. bemerkt, nach der entgegenstehenden Ansicht wäre es unstatthaft gewesen. Ob man für das heutige Recht an der letztern Ansicht festhalten soll? Gewöhnlich geschieht es [1]), jedoch glaube ich, darf man wohl mit einigen andern, wie Lauterbach [2]) einen Schritt weiter gehen und, wenn man selbst vom Standpunkte der römischen Jurisprudenz aus in den harten Tadel einstimmen will, den Cujas [3]) über Julian gefällt hat, dennoch für das heutige Recht, in dem die Klagformeln weggefallen sind, Julians Ansicht annehmen. Die Analogie der drei übrigen dinglichen Rechte ist entschieden dafür, das Bedenken der römischen Juristen hatte wohl nur in der Klagformel der act. conf. de usufructu seinen Grund, und auch hierüber würden sie sich wohl hinweggesetzt haben [4]), wenn sie nicht vermöge jener Formel selbst die Vindication des Usufructus als Surrogat der Servitutenklagen hätten aufstellen können. Ein practisches Interesse hat diese Frage blos hinsichtlich der O. N. N.

5) die aquae pluviae arc. act. Ausdrücklich gegeben wird sie nur

a) dem Emphyteuta,

L. 23. §. 1. de aq. et aq. pl. (39. 3.) Paul. haec actio etiam in vectigalibus agris locum habet.

L. 5. §. 3. Arbor. furt. caes. (47. 7.) Paul.;

---

1) Glück, Erl. der Pand. B. 10. S. 229. Anm. 49.

2) Coll. theor. pract. lib. VIII. tit. V. §. 5.

3) Observ. lib. I. obs. 16. . . . fructuarius vindicationem fundi non habet; cui vero non das fundi vindicationem, ei juris fundo debiti vindicationem dare absurdum est.

4) Wie es z. B. auch Pomponius hinsichtlich der aq. pl. arc. act. thut. S. sub 5, b.

b) dem Usufructuar.

Zwar sagt Ulpian in l. 3. §. 4. de aqua (39. 3.): neque fructuarius, neque cum eo aq. pl. arcendae agi potest, jedoch ist Pomponius in der l. 22. pr. ib. der entgegengesetzten Ansicht [1]. Quaerendum est, sagt er, an utilis ei quasi domino [2]) actio aq. pl. arc. dari debeat, an vero etiam contendat, jus sibi esse, uti frui, sed magis est, utilem aq. pl. arc. ei actionem accommodare. Wir treffen also auch bei dieser Klage wieder dieselbe Meinungsverschiedenheit unter den römischen Juristen, die wir so eben bei den Servitutenklagen vorgefunden haben. Pomponius läßt die Analogie des Eigenthums eintreten, Ulpian ist dagegen, wird also diese specielle Klage wiederum durch die Vindication des Usufructus haben ersetzen wollen.

Daß man diese Klage auch dem Pfandgläubiger zugestehen darf, unterliegt wohl keinem Zweifel. Der Superficiar kann sie natürlich nicht haben, weil diese Klage voraussetzt, daß das Regenwasser einem ager schadet [3]).

6) Cautio damni infecti

a) Superficies,

L. 39. §. 2. de damn. inf. (39. 2.) Pomp. . . . utilis est ei stipulatio.

L. 13. §. 8. ibid. Ulp. Superficiarium et usufructuarium damni infecti utiliter stipulari hodie constat;

b) Usus fructus,

L. 13. §. 8. cit., l. 7. §. 1. de usufr. (7. 1.) Ulp... unde etiam mitti eum in possessionem vicinarum aedium causa damni infecti placuit.

L. 5. §. 2. ibid. Paul.;

---

1) Pomponius dehnte diese Klage auch gegen den Usufructuar aus. S. unten II. 2.

2) S. auch l. 8. pr. de reb. auct. jud. (42. 5.). . appellatione dominii fructuarius quoque continetur.

3) L. 1. §. 17. de aq. (39. 3.) . . . non alias locum habere, quam si aqua pluvia agro noceat. Ceterum si aedificio vel oppido noceat, cessat actio ista.

c) dem Pfandgläubiger,

L. 11. ibid. Ulp... an creditori pigneratitio damni infecti caveri debeat. Et ait Marcellus inutiliter caveri ... nam nec in hujus persona committi stipulationem, aequissimum tamen puto huic prospiciendum i. e. creditori per stipulationem;

d) dem Emphyteuta sie zuzugestehen, ist ganz unbedenklich.

7) Das Interdictum de arboribus caedendis.

Dasselbe stand seiner Fassung nach nur dem Eigenthümer zu, denn es lautete: quae arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendet, dennoch wird es von Ulpian in der l. 1. §. 4. de arb. caed. (43. 27.) auch dem Usufructuar gegeben. Ulpians Grund ist: quia et ipsius interest, arborem istam non impendere. Auch hier kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß die römischen Juristen dies Interdict auch den übrigen Realberechtigten werden zugestanden haben. Der angeführte Grund paßt für alle, und die römischen Juristen gestatteten, wie wir nachher sehen werden, jenen Personen alles und noch mehr, als was sie dem Usufructuar einräumten.

8) Die act. legis Aquiliae. Sie wird den Realberechtigten gegeben, bei denen sie denkbar ist, nämlich

a) dem Usufructuar,

L. 11. §. 10. ad leg. Aq. (9.2.) Ulp. An fructuarius vel usuarius legis Aquiliae actionem haberet, Julianus tractat, et ego puto melius, utile judicium ex hac causa dandum.

In l. 17. §. 3. de usufr. (7.1.) sagt Ulpian hierüber: numquam dubitavi.

L. 12. ad leg. Aq. Paul. .. danda est ad exemplum legis Aquiliae;

b) dem Pfandgläubiger α) gegen den Eigenthümer,

L. 17. pr. ad leg. Aq. Ulp. . . . . tenebitur.

L. 27. de pign. (20. 1.) Marcel. . . quasi damni injuriae dabimus actionem ad quantum interest;

β) gegen Dritte,

L. 30. §. 1. ad leg. Aq. Paul. . . . . et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori.

9) Die act. arborum furtim caesarum.

Dem Emphyteuta wird sie von Paulus in der l. 5. §. 3. Arb. furt. caes. (47. 7.) gegeben, dagegen dem Usufructuar in §. 2. ibid. abgesprochen — weshalb, ist mir ein Räthsel. Waren die Bäume fruchttragende, so ist ja durch das Fällen derselben der Ertrag des ususfructus vermindert; waren sie es nicht, so läßt sich doch mit l. 16. §. 1. Quod vi (43. 24.) sagen: Si amoenitas quaedam ex hujusmodi arboribus praestetur, potest dici et fructuarii interesse propter voluptatem et gestationem. Wenn also das Interesse des Usufructuars keinem Zweifel unterliegt, so ist es auffallend, daß Paulus ihm eine Klage, von der er doch selbst im §. 1. der citirten l. 5. sagt: ejus actionis eadem causa est, quae est legis Aquiliae, versagt, während er ihm letztere Klage zugesteht. Die act. arb. furt. caes. zeichnet sich auch vor den übrigen Klagen, die dem Usufructuar gegeben werden, nicht aus, vielmehr stellt Paulus selbst sie in der citirten l. 5. §. 3. h. t. mit der act. fin. reg. und der act. aq. pl. arc. auf eine Stufe, ja es scheint, als schlösse er von jenen Klagen auf diese zurück. Es heißt hier nämlich vom Emphyteuta: . . hanc actionem habet sicut aq. pl. arc. actionem et finium regundorum. Auch der Usufructuar hat diese beiden Klagen, warum ihm jene versagen? Da man nun das Auffallende der Entscheidung des Paulus einsah, so hat man hier das beliebte Uni=

versalmittel anwenden wollen[1]) und gesagt, Paulus spreche dem Usufructuar nur die act. directa, nicht aber die utilis ab, allein offenbar unrichtig, denn Paulus giebt unsere Klage, die er in §. 2. dem Usufructuar abspricht, in §. 3. dem Emphyteuta, er kann also dort sowohl wie hier nur die utilis im Sinne gehabt haben. Hätte er an die directa gedacht, so würde er sie dem Emphyteuta ebensogut haben absprechen müssen wie dem Usufructuar.

Paulus hat also dem Usufructuar die act. utilis abgesprochen; ein anderer Grund läßt sich für diesen einzelnen Fall nicht auffinden, als der, daß die römischen Juristen, wie wir unten sehen werden, den Ususfructus strenger behandelten, als die übrigen dinglichen Rechte, die Analogie des Eigenthums bei jenem Rechte nicht in dem Umfange eintreten ließen, als bei diesen.

10) Die act de servo corrupto. Sie wird gegeben dem Usufructuar,

L. 9. §. 1. De serv. corr. (11. 3.) Ulp. Si in servo ego habeam usum fructum, tu proprietatem. . . . si tu (deteriorem eum) feceris, ego agere utili actione possum; ad omnes enim corruptelas haec actio pertinet et interesse fructuarii videtur, bonae frugi servum esse, in quo usum fructum habet. Et si forte alius eum receperit vel corruperit, utilis actio fructuario competit.

Dagegen wird sie dem Pfandgläubiger abgesprochen,

L. 14. §. 4. ib. Paul. Pignoris dati nomine debitor habet hanc actionem.

Erinnert man sich nun, daß Paulus dem Pfandgläubiger die act. leg. Aq. bis auf den Betrag seiner Pfandforderung giebt, so muß man diese Ansicht des Paulus inconsequent nennen.

---

1) Z. B. Lauterbach, Colleg. theor.-pract. lib. 47. tit. 7. §. 4.

Warum soll, wenn das Interesse des Pfandgläubigers darüber entscheidet, ob er wegen Verletzung des Pfandes klagen kann, dasselbe nicht auch bei der Corruption des verpfändeten Sklaven eintreten? Durfte man hier den Pfandgläubiger der Willkühr Dritter bloß stellen?

11) Die actio in factum ob mortuum illatum wird dem Usufructuar gegeben,

L. 46. pr. de relig. (11. 7.)

obgleich sie nach l. 2. §. 1. ibid. eigentlich nur dem Eigenthümer zustand.

12) Die condictio furtiva wird zwar in der l. 1. de cond. furt. (13. 1.) ausdrücklich auf den Eigenthümer beschränkt, dennoch aber wird in l. 22. pr. de pign. act. (13. 7.) der Fall supponirt, daß der Gläubiger die condictio angestellt habe, und in l. 12. §. 2. de cond. furt. Ulp. heißt es: Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert, eum, cui pignori res data sit, incerti condictione acturum, si ea subrepta est.

Dies ist das Material, das ich habe auffinden können [1]), und aus dem wir jetzt historische oder dogmatische Resultate zu gewinnen versuchen wollen. Soviel erhellt nun auf den ersten Blick, daß die römischen Juristen die meisten und unter ihnen gerade die wichtigern Klagen, welche ursprünglich an das Eigenthum geknüpft waren, auf alle oder wenigstens einige jura in re aliena übertragen haben. Allein dies Resultat ist zu allgemein; es lassen sich aber aus unserm Material durch Vergleichung der einzelnen dinglichen Rechte und Klagen und der angeführten Juristen unter sich speciellere Resultate gewinnen. Was

1) das Verhältniß der dinglichen Rechte oder ihre Ver-

---

1) Solche Klagen, welche wie z. B. das interd. quod vi aut clam auch denen zustehen, welche gar kein Recht an der Sache haben, gehörten natürlich nicht hierher.

schiedenheit in Bezug auf die bei ihnen eintretende Analogie des Eigenthums betrifft, so tritt diese Analogie in einem weit höhern Grade bei der superficies und emphyteusis ein, als bei dem ususfructus und pignus. Zuerst haben jene Rechte alle Klagen, welche auf diese beiden ausgedehnt sind, allein nicht umgekehrt. Vielmehr wird bei beiden letztern die Ausdehnung einiger Klagen entschieden verworfen, die Ausdehnung anderer ist wenigstens Gegenstand eines Streites. Zweitens aber erscheint die Ausdehnung der einzelnen Klagen bei der Superficies und Emphyteusis durchgehends in solchen Ausdrücken, welche zeigen, daß sie theoretisch keinem Zweifel mehr ausgesetzt war, ja zur Zeit der klassischen Jurisprudenz bereits in der Praxis feststand, — in Ausdrücken nämlich, wie actio dabitur, locum habet; actionem dabimus, habet; servari convenit, hodie constat. Hingegen bei dem ususfructus und dem pignus erscheint die Ausdehnung der meisten Klagen in Ausdrücken, aus denen sich ergiebt, daß sie jene Festigkeit noch nicht erlangt hatte, vielmehr sich blos auf eine subjective Meinung stützte — in Ausdrücken, wie puto, placet, aequissimum puto, non iniquum est, actio competere potest, accommodari potest.

Das erste speciellere Resultat ist also das, daß die Analogie des Eigenthums bei der superficies und emphyteusis in einem weit höhern Grade eintritt, als bei dem ususfructus und pignus. Diese Bemerkung hat man bereits früher auf Grund anderer Zeugnisse gemacht. Was die Emphyteuse [1]) anbetrifft, so stützt man sie mit Recht namentlich auf die l. 1. de cond. tritic. (13. 3.) worin es heißt: . . . quare fundum quoque per hanc actionem petimus et si vectigalis sit, sive jus quis stipulatus sit veluti usumfructum vel servitutem utrorumque praediorum, was die Superficies anbetrifft, auf verschiedene Gründe [2]).

1) S. auch Thibaut, Civil. Abh. S. 277. 2) S. Unterholzner, Ausf. Entw. der gesammten Verjährungslehre. B. 2. S. 246. Anm. 685.

Wenn wir nun das Maß bestimmen wollen, in dem die Analogie bei beiden Klassen von Rechten eintritt, so können wir sagen, bei der superficies und emphyteusis tritt sie vollständig ein.

Die wichtigern Schutzmittel des Eigenthums sind sämmtlich auf diese beiden Rechte ausgedehnt, nirgends aber wird, wie bei den andern beiden Rechten die Analogie des Eigenthums ausdrücklich ausgeschlossen oder nur bezweifelt. Daher dürfen wir die weniger bedeutenden Rechtsmittel, wie das interd. de arb. caed., act. in fact. ob mort. illatum u. a. m. unbedenklich auf jene beiden Rechte ausdehnen. Läßt sich nun aber nicht hinsichtlich der beiden andern Rechte ein bestimmtes Maß für die Ausdehnung aufstellen? Im Allgemeinen kann man nun wohl behaupten, daß die römische Jurisprudenz auch bei ihnen von einer bestimmten Idee ausgegangen ist, wenngleich auch hier, wie oben bei der bon. fid. poss., diese Idee in einzelnen Fällen in den Hintergrund trat. Die römische Jurisprudenz hat nämlich im Allgemeinen die Tendenz, jene beiden Rechte durch die Analogie des Eigenthums gegen die Eingriffe Dritter zu sichern, allein nicht weiter, als es durchaus nöthig ist[1]). Deswegen wird von den mei-

1) Ein solches Verfahren führt freilich zu Inconsequenzen. Man erinnere sich z. B., daß dem Usufructuar die act. leg. Aq. und de servo corr. zugesprochen wird, weil beide Klagen durchaus nöthig waren, dagegen die act. arb. furt. caes., die, was den einfachen Schadenersatz anbetrifft, in der act. leg. Aq. bereits enthalten war, ihm versagt wird. Die historische Aengstlichkeit ward hinsichtlich der letztern Klage nicht durch das practische Interesse gezwungen, den Buchstaben zu opfern, und ließ die Anforderungen des wissenschaftlichen Interesses unberücksichtigt. Denn vom Standpunkte des letztern aus muß man sagen, sobald man dem Usufructuar die act. leg. Aq. und de servo corr. gab, so war damit das Princip ausgesprochen: der Usufructuar ist gegen Beschädigungen gesichert. Wenn man ihm nun die act. arb. furt. caes. versagte — eine Klage, die eine einzelne Species des damnum injuria datum zum Gegenstande hatte — so widersprach man sich ja, indem man die Species im Genus zuließ und als einzelne Species excipirte.

sten römischen Juristen die Ausdehnung der act. neg. und conf. auf den Usufructuar verworfen, da die Vindication des Usufructus schon zum Zweck führte. Deswegen sprach Ulpian, im Widerspruche mit Pomponius, dem Usufructuar die act. aq. pl. arc. ab; deswegen dachte man auch daran, die act. comm. div. dadurch entbehrlich zu machen, daß die Usufructuare: „stipulatione inter se caveant, qualiter fruantur"; deswegen spricht Paulus dem Usufructuar die act. arbor. furt. caes. ab, weil mit dieser Klage, wie er in l. 1. arb. f. caes. (47. 7.) lehrt, auch die act. leg. Aquil. concurrirt, der Usufructuar also jedenfalls durch diese Klage geschützt war, wenngleich nicht so vortheilhaft, wie durch die aufs duplum gehende act. arb. furt. caes. Ebenso gestattete man aus diesem Grunde dem Pfandgläubiger nur insoweit die act. leg. Aq., als er wegen Insolvenz des Schuldners oder, weil letzterer nur naturaliter verpflichtet war, ein besonderes Interesse daran hatte, die Realisirbarkeit seiner Forderung durch ein Pfand zu sichern. Weil dies Interesse nur in seltneren Fällen vorhanden war, so erklärt es sich, wie Paulus dazu kommen konnte, dem Pfandgläubiger die act. de serv. corr. abzusprechen, weshalb bei der Erörterung mancher Klagen, wie der act. arb. furt. caes., des interd. de arb. caed. der Pfandgläubiger unter den Personen, denen sie utiliter gegeben werden, gar nicht aufgeführt wird.

2) Vergleichen wir die einzelnen Klagen untereinander, so finden wir, daß man bei dem usus fructus und pignus im Ganzen — bereitwilliger war, die auf prätorischer Jurisdiction beruhenden Rechtsmittel wie das interd. de arb. caed., caut. damni infecti, act. in fact. ob mort. illatum, de servo corr. auszudehnen, als die Klagen des alten Civilrechts z. B. die act. aq. pl. arc. [1]), arb. furt. caes. [2]), confessoria und

1) Aus den zwölf Tafeln l. 21. pr. de statu liber. (40. 7.)

2) Gleichfalls aus den zwölf Tafeln l. 1. arb. furt. caes. (47. 7.)

negatoria. Jedoch macht hier die act. leg. Aq., die ja überhaupt nach allen Seiten hin eine seltene Ausdehnung erhalten hat, eine Ausnahme; sie wird ohne irgend ein Bedenken von allen Juristen gegeben.

3) Vergleichen wir die einzelnen Juristen unter einander, so sind Julian, Pomponius, Ulpian und Paulus für die Ausdehnung der Rechtsmittel des Eigenthümers auf den Superficiar und Emphyteuta, und kein Jurist ist dagegen. Hinsichtlich der Ausdehnung auf den Usufructuar und Pfandgläubiger zeichnen sich Julian und Pomponius [1]) vor den übrigen Juristen durch ihre Bereitwilligkeit aus, Marcellus und Paulus sind am wenigsten dafür.

Der Uebersicht wegen wollen wir jetzt eine Tabelle folgen lassen, nach der sich die bisherigen Resultate am leichtesten prüfen lassen.

	Ususfr.	Pign.	Superf. u. Emphyt.
1. Act. ad exhib.	... et usumfructum petituro competere Pomponius ait.	Ulp: competit.	id.
2. Act. comm. div.	Sabin. ist dagegen. Paul: agi posse.	Ulp: aequissimum esse.	Ulp: locum habet, dabimus.
3. Act. fin. reg.	Paul: competere.		Paul: habet, potest.
4. Act. conf. und negat. O. N. N.	Jul: agere potest. Dagegen sind Labeo, Nerva, Marcell., Ulpian., Paul.	Jul: non est iniquum. Gaj: datur. Ulp: Jul. scribit, non esse iniquum.	Jul: servari convenit. Ulpian: dabitur, competit.

1) Pomponius dehnte auch die act. aq. pl. arc. gegen den Usufructuar aus. S. unter II. 2.

	Ususfr.	Pign.	Superf. u. Emphyt.
5. Act. aq. pl. arc.	Pomp: magis est, utilem ei act. accommodare quasi domino. Ulp. ist dagegen.		Paul: habet.
6. Cautio d. inf.	Ulp: placuit, hodie constat.	Marc: inutiliter ei caveri. Ulp: aequissimum tamen puto ei prospiciendum.	Pomp: utilis est Ulp: hodie constat.
7. Int. de arb. caed.	Ulp: competit, quia et ejus interest.		
8. Act. leg. Aq.	Ulp: puto melius. id. numquam dubitavi. Paul: danda est.	Marc: dabimus. Ulp: tenebitur ei dominus. Paul: in his casibus danda est.	
9. Act. arb. furt. caes.	Paul: non habet.		Paul: habet.
10. Act. de serv. corr.	Ulp: agere possum.	Paul: non habet.	
11. Act. ob mort. illat.	Scaev: utilis danda est.		
12. Cond. furt.		Aristo, Neratius, Ulp: incerti condictione acturum.	

Wenn wir nun nach Mittheilung dieser historischen Resultate uns die dogmatische Frage stellen: sollen wir im heutigen

Rechte bei den einzelnen Klagen stehen bleiben, welche von den römischen Juristen auf die jura in re aliena übertragen sind, oder können wir ein allgemeines Princip aufstellen, nach dem sich auch die noch fehlenden Klagen ausdehnen ließen, so können wir

1) was die Superficies und Emphyteusis anbetrifft, dem bisherigen nach gewiß mit Recht behaupten, daß die römischen Juristen bei ihnen die Analogie des Eigenthums hinsichtlich aller Rechtsmittel desselben vollständig eintreten ließen, den Innehabern beider Rechte also auch alle nicht ausdrücklich ertheilten Rechtsmittel zuzugestehen sind — eine Behauptung, die man auch bei vielen Schriftstellern findet [1]) oder der wenigstens, so viel ich weiß, Niemand widersprochen hat.

2) Was den ususfructus und das Pfandrecht anbetrifft, so ist jene Frage weit schwieriger [2]). Die Analogie des Eigenthums wird bei ihnen in mehren Fällen ausgeschlossen, und wenn wir gleich oben nachgewiesen haben, daß es gerade in diesen Fällen der Analogie nicht bedurfte, indem die Berechtigten schon auf andere Weise gedeckt waren, und es damit wahrscheinlich gemacht haben, daß die römischen Juristen die Analogie des Eigenthums bei diesen Rechten nur als ein subsidiäres Hülfsmittel betrachteten, so ist doch damit noch nicht bewiesen, daß diese Analogie überall eintreten darf, wo die beiden Berechtigten nicht auf andere Weise gedeckt sind.

---

1) Z. B. Mühlenbruch, Lehrbuch des Pand. Rechts §. 295. a. E. §. 298. Note 11. Puchta, Lehrb. der Pand. §. 174. In früherer Zeit pflegte man diese Analogie für die Lehre vom domin. utile des Superficiars und Emphyteuta ebensowohl zu benutzen, wie jene wieder durch diese zu begründen. S. Lauterbach, Colleg. theor. pract. lib. 43. tit. 18. §. 33.

2) In den neueren Bearbeitungen dieser beider Lehren findet man kaum eine genügende Zusammenstellung des Materials, geschweige denn eine Beantwortung jener Frage.

Will man aber aus diesem Grunde nicht über die einzelnen Entscheidungen unserer Quellen hinausgehn, so kann eine solche Aengstlichkeit noch weit weniger befriedigen [1]). Ich glaube vielmehr, daß man auf folgende Weise zu einem ganz befriedigenden Resultate gelangen kann. Der Begriff eines dinglichen Rechts bringt es mit sich, daß dasselbe gegen Eingriffe dritter Personen gesichert sei. Nach einer Seite hin verschafft nun die in rem actio diesen Schutz, allein durch diese Klage ist der ungestörte Genuß des Rechts durchaus noch nicht garantirt. Wollte man das Recht nun nach dieser Seite hin schutzlos lassen, so würde man sich einen argen Widerspruch zu Schulden kommen lassen. Man würde ein Mittel zur Wiedererlangung der Sache ertheilen, dies gestörte Verhältniß des Berechtigten zur Sache wieder herstellen wollen und zwar gegen dritte Personen, die die Störung desselben weder vornahmen, noch vielleicht einmal darum wissen, dagegen aber im normalen Zustande den Schutz versagen und dadurch, daß man keine act. in personam gegen den Störenden giebt, beständig Eingriffe in das Recht provociren. Also mit der gesicherten Wiedererlangung des Genusses muß auch der dauernde Genuß geschützt sein.

Es kann nun dieser doppelte Schutz durch eine Klage vermittelt werden, wie beim usus fructus [2]), oder es kann, wie bei den übrigen dinglichen Rechten, die eine Seite durch die in rem actio, die andern durch in pers. actiones gedeckt werden. Daß aber dieser Schutz in mehre Klagen und in wie

1) Wie z. B. hinsichtlich des Pfandgläubigers Sintenis, Handbuch des gem. Pfandrechts §. 61. a. Anf., thut.

1) Der Usufructuar kann, wie wir oben gesehen haben, sich der Vindication des Usufructus bedienen, statt der act. aq. pl. arc., confess. und negatoria. Seine Berechtigung zum „uti frui" wird eben sowohl dadurch negirt, daß er von dem factischen Genuß der Sache gänzlich ausgeschlossen, als daß ihm letztere verkümmert wird.

viele Klagen er zerfällt, ist durchaus historisch, d. h. dem Begriff gegenüber zufällig. Wir müssen diese formelle Verschiedenheit der einzelnen Klagen aufgeben und blos den materiellen Gehalt derselben ins Auge fassen, also z. B. nicht fragen: hat der Usufructuar dieselben Klagen, wie der Eigenthümer, sondern genießt er materiell denselben Schutz, wie jener. Wenn wir nun blos auf diesen materiellen Schutz Rücksicht nehmen, so können wir sagen, er ist auch nach römischem Rechte derselbe, wie beim Eigenthum. Der Usufructuar hat die act. conf. und neg., act. pluviae arc. zwar nicht formell, d. h. als selbstständige Klagen, wohl aber materiell, d. h. als Theile seiner Vindication des Ususfructus. Er ist ferner gegen eine Verletzung oder Vernichtung der seinem ususfructus unterworfenen Sachen ebenso geschützt, wie der Eigenthümer; gegen drohende durch die caut. damni inf., gegen bereits geschehene durch die act. leg. Aq. Die act. arb. furt. caes., welche ihm Paulus abspricht, ist materiell zwar nicht zu ihrem vollen Betrage in der ihm zustehenden act. leg. Aq. enthalten, allein immer noch so weit, daß der Usufructuar auch nicht den geringsten Schaden zu leiden braucht. Da für unser heutiges Recht schwerlich Jemand die Anwendbarkeit der act. arb. furt. caes. behaupten wird, d. h. in der Art, daß sie noch heut zu Tage auf das Doppelte ginge, so ist mit ihr die einzige Klage hinweggefallen, hinsichtlich deren der Usufructuar materiell nicht völlig dem Eigenthümer gleichgestellt war. Gegenwärtig ist also die Gleichheit eine vollkommene, denn die formelle Selbstständigkeit der Klagen ist dem Princip der materiellen Berechtigung gewichen.

Auch den Pfandgläubiger muß man im heutigen Recht dem Eigenthümer ganz gleichstellen. Denn die einzige Klage, welche ihm versagt wird, die act. de servo corrupto ist heut zu Tage unpractisch geworden. Durch Ertheilung der act. leg. Aq. hat das römische Recht das Princip anerkannt, daß der Pfandgläubiger, so weit er ein Interesse hat, gegen Eingriffe

Dritter geschützt sein soll. Wenn er nun in einem ganz speciellen Falle nicht geschützt wird, so ist dies jenem generellen Rechtmittel gegenüber eine Ausnahme; sie kann als solche aber nicht gegen das Princip geltend gemacht werden.

Nach der bisherigen Erörterung ständen also alle vier jura in re aliena hinsichtlich ihres Schutzes dem Eigenthum gleich; die einzelnen Klagen müssen mithin, sobald man sie nicht lieber ins Obligationenrecht stellt, was ja immer mehr üblich wird, nicht mehr bei der Lehre vom Eigenthum abgehandelt werden, wie z. B. Thibaut thut [1]), sondern in einem das Gemeinsame aller dinglichen Rechte zusammenfassenden allgemeinen Theil.

Wir haben im bisherigen die Gleichstellung der jura in re aliena mit dem Eigenthum hinsichtlich der ursprünglich an letzteres geknüpften Klagen kennen lernen. Fragen wir nun

II. ob diese Gleichstellung auch hinsichtlich der Verpflichtung des Eigenthümers gegen Dritte eintritt, so müssen wir diese Frage entschieden verneinen. Es sind mir nur zwei Fälle bekannt, in denen eine Klage, die ursprünglich nur gegen den Eigenthümer zusteht, gegen den Usufructuar ausgedehnt wird, nämlich

1) die act. quod jussu [2]), welche bekanntlich einen jussus domini voraussetzte, wird von Ulpian in l. 1. §. 8. quod jussu (15. 4.) mit Marcellus gegen den Usufructuar ausgedehnt; ebenso

2) die aquae pl. arc. actio von Pomponius,

L. 22. §. 2. de aq. pl. (39. 3.) Pomp. Sed etsi fructua-

---

1) System. §. 715. (act. comm. div.) §. 717. (act. fin. reg.) §. 720. (op. nov. nunc.) §. 735. (act. aq. pl. arc.)

2) Die act. tributoria und de peculio werden in l. 1. §. 5 de trib. act. (14. 4.) und l. 2. de pecul. (15. 1.) auch gegen den Usufructuar gegeben, allein sie setzten kein dominium voraus, sondern potestas.

rius opus fecerit, per quod aqua pluvia alicui noceat, erit quidem actio legitima cum domino proprietatis, an vero etiam utilis in fructuarium actio aq. pl. arc. danda sit, quaesitum est; et magis est ut detur.

während Julian, Ulpian, und Javolenus diese Klage nur gegen den dominus geben wollen;

L. 4. §. 2. ibid. Ulp. Idem Julianus scribit aq. pl. arc. actionem non nisi cum domino esse.

L. 18. ibid. Javolenus .... ea actione non tenetur, nisi dominus solus.

Dagegen werden die Innehaber der jura in re aliena dem Eigenthümer bei der cautio damni inf. nicht gleichgestellt, denn während letzterer nur zur repromissio, werden der Superficiar und Usufructuar zur satisdatio verpflichtet,

L. 9. §. 4, 5. de damn. inf. (39. 2.)

Man sieht, daß die Tendenz der römischen Jurisprudenz, die jura in re aliena durch die Analogie des Eigenthums zu consolidiren, nicht dahin ausartete, diese Analogie auch da eintreten zu lassen, wo sie im Interesse jener Rechte nicht nöthig war. Dagegen finden wir die Analogie des Eigenthums

III. darin wieder, daß auch bei den jura in re aliena dem bon. fid. possessor die in rem actio gegeben wird. Die act. Publiciana war auf das Eigenthum beschränkt, indem sie die Möglichkeit einer usucapio voraussetzte, die Usucapion aber bekanntlich bei den übrigen dinglichen Rechten nicht Statt fand. Allein dessenungeachtet gab auch die römische Jurisprudenz bei diesen Rechten dem bon. fid. poss. die dingliche Klage, nämlich

a) bei der Emphyteusis und Superficies nach l. 12. §. 2, 3. de Publ. act. (6. 2.) Paulus:

In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita

sunt. Idem est, si superficiariam insulam a non domino bona fide emero. Nach l. 15. §. 26. de damn. inf. (39. 1.) erhält der, welcher damni inf. causa in den ager vectigalis immittirt ist, also die bon. fid. poss. desselben erhalten hat, die act. vectigalis als Publiciana;

b) bei den servitutes reales und personales,

L. 11. de Publ. (6. 2.)
L. 1. §. 2. de S. P. R. (8. 3.)
L. 1. pr. quib. mod. ususfr. (7. 4.)
L. 1. §. 9. de superf. (43. 18.);

c) beim Pfandrecht,

L. 18. de pign. (20. 1.) Paulus: Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam Praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam. Bereits Julian hatte hierauf gedrungen.

L. 21. §. 1. ib. Ulp. Si debitor servum quem a non domino bona fide emerat et pigneravit, teneat, Servianae locus est . . . . et ita Julianus scribit.

Die Publiciana hatte auch bei diesen Rechten die doppelte Function, die sie beim Eigenthum hatte, nämlich einmal die bon. fid. poss. und dann das in bonis zu schützen; von letzterer Function sprechen namentlich die sub b angeführten Stellen. In der ersten Beziehung, die uns hier allein interessirt, ist wie beim Eigenthum nicht bona fides des Tradenten oder Constituenten erforderlich, sondern nur dessen, auf den das Recht übertragen werden soll. Herr von Tiegerström [1]) begegnet uns auch hier wieder mit bekannter Originalität. Er gründet nämlich den Schutz der von einem bon. fid. poss. einem andern bestellten Servitut nicht auf die bona fides des letztern,

1) Die bon. fid. possessio S. 54.

sondern auf das Recht des Constituenten, weil dieser als putativer Eigenthümer dieselben Dispositionen mit der Sache vornehmen könne, wie der wirkliche Eigenthümer. Gleich als ob die von einem mal. fid. poss. bestellte Servitut, sobald nun der, dem sie bestellt wird, in bon. fid. ist, nicht ebenso geschützt werden müßte! Wo hat denn das römische Recht die Publiciana je von der bon. fid. des Tradenten abhängig gemacht? Daß bei der Bestellung eines Pfandes von Seiten eines Nichteigenthümers der Pfandgläubiger nur unter der Voraussetzung die Serviana hat, wenn der Besteller bon. fid. poss. war, steht nicht entgegen. Denn die Serviana des Pfandgläubigers ist nur eine auf ihn übertragene reivindicatio oder Publiciana des Schuldners, der Pfandgläubiger muß also nachweisen, daß letzterer Eigenthümer oder bon. fid. poss. war; bei der Publiciana aber braucht man bekanntlich die conditio usucapiendi seines Vorgängers nicht nachzuweisen. Wenn nun bei den jura in re aliena die bon. fid. poss. dem wirklichen Recht hinsichtlich der in rem actio gleichsteht, so liegt die Frage sehr nahe, ob auch bei ihnen wie beim Eigenthum ein vollständiger Parallelismus des putativen und wirklichen Rechts behauptet werden kann. Ich trage kein Bedenken, diese Frage zu bejahen, wenn ich gleich kein specielles Zeugniß für meine Ansicht anführen kann. Ich stütze sie aber auf folgende aus der bisherigen Erörterung hervorgehende Sätze. Die in rem actio zieht die übrigen erforderlichen Schutzmittel des mit jener Klage versehenen Rechts nothwendig nach sich. Daß das römische Recht dieser nothwendigen Anforderung genügt hat, zeigt die Entwicklung der bon. fid. poss. und der jura in re aliena. Bei den jura in re aliena ist aber auf die bon. fid. poss. ebenso wie beim Eigenthume die in rem actio ausgedehnt, deswegen müssen wir der bon. fid. poss. auch hier ebenso wie dort die secundären Schutzmittel zugestehen. Tritt die Analogie des Eigenthums bei ihnen einmal hinsichtlich aller Klagen ein, blos darum, weil sie wie das

Eigenthum mit einer in rem actio versehen sind, weshalb sollen wir diese Analogie nicht auch hinsichtlich der bon. fid. poss. durchführen, zumal da sie in ihrer wichtigsten Beziehung — der Publiciana — bereits vom römischen Recht anerkannt ist. Die Vollständigkeit des Schutzes der bon. fid. poss. ist doch bei jenen Rechten nicht weniger nöthig, als bei dem Eigenthum, der Widerspruch, der darin liegen würde, ein putatives Recht mit der in rem actio zu versehen und nach allen andern Seiten hin bloß zu stellen, würde dort nicht weniger vorhanden sein, als hier. Endlich, wenn man in der l. 136. de R. J. bona fides tantumdem possidenti praestat, quantum veritas mit mir eine Anerkennung des vollständigen Parallelismus des putativen und wirklichen Rechts finden will, so wäre es entschieden falsch, diese ganz allgemein gefaßte Regel blos auf das Eigenthum beschränken zu wollen.

Indem ich hiermit die Begründung dieser Ansicht und damit zugleich die ganze Abhandlung beschließe, will ich noch einen Rückblick auf beide Abtheilungen derselben werfen. Das Gemeinsame derselben ist die Tendenz zu zeigen, daß die in rem actio wie beim Eigenthum so auch bei den übrigen dinglichen Rechten und der bon. fid. poss. manche andere Klagen nach sich ziehen mußte, und daß letztere, die ursprünglich ans Eigenthum geknüpft waren, sich von demselben lösten und das Gemeineigenthum aller durch in rem actio geschützten Rechte wurden [1]). Dieser Gedanke, dessen äußere Begründung freilich wohl auf manchen Widerspruch

1) Umgekehrt bereicherte sich auch das Eigenthum in der reivindicatio von einer andern dinglichen Klage, der hereditatis petitio. S. l. 27. §. 3. de R. V. (6. 1.) Sed et is, qui ante L. C. dolo desiit rem possidere, tenetur in rem actione, idque ex SC. colligi potest, quo cautum est, ut diximus, ut dolus praeteritus in hereditatis petitionem veniat; cum enim in her. petitione, quae et ipsa in rem est, dolus praeteritus fertur, non est absurdum per consequentias et in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci.

stoßen wird, empfiehlt sich durch innere Gründe und durch den Zusammenhang, den er den Quellenäußerungen, sowie die Symmetrie, die er jenen Rechten verschafft. Hoffentlich wird dieser Versuch, wenn das dogmatische Resultat desselben keinen Beifall finden wird, wenigstens den Erfolg haben, daß dem Gegenstande desselben eine neue und bessere Bearbeitung zu Theil wird.

Dritte Abhandlung.

Die Lehre von der hereditas jacens.

Die Lehre von der hereditas jacens[1]).

I.

So gering auch das Interesse sein mag, das eine neue Bearbeitung der Lehre von der hereditas jacens in praktischer Hinsicht für sich in Anspruch nehmen kann, um so eher ist sie berechtigt, in theoretischer Hinsicht nicht blos das Interesse ihres Gegenstandes als ein hohes zu bezeichnen, sondern auch das Bedürfniß einer neuen Bearbeitung desselben hervorzuheben. Es fehlt zwar nicht an frühern Bearbeitungen dieser Lehre[2]), allein der Weg, den sie einschlugen, konnte nicht zum Ziele führen. Sie begnügen sich nämlich mit der Untersuchung, wie die römischen Juristen den Zustand des Vermögens eines Verstorbenen aufgefaßt haben und auf welche

1) Der Name ist kein römischer Kunstausdruck, er kommt nur in einer Stelle vor, der l. 13. §. 5. Quod vi aut clam (43. 24.) . . utputa hereditas jacebat. Den Zeitraum während der her. jac. bezeichnen die Römer gewöhnlich durch hereditate nondum adita, die her. jac. als Persönlichkeit gedacht kurzweg durch hereditas.

2) Hübsch, Disp. inaug. jura hereditatis jacentis exhibens (praes. G. Strauss) Wittenb. 1682 (sehr ordinär) J. H. Meier disp. de jure hered. jac. Erf. 1696 (ist mir nicht zu Gesicht gekommen) D. W. Matthiae eine akadem. Gelegenheitsschrift über denselben Gegenstand. Erf. 1698. (S. u.). Majansius, Disput. jur. civil. tom. II. p. 34 u. f. Ausführlicher muß auch Tinestres Prael. Cervar. ad Tit. de acq. vel omitt. her. P. I. c. 2. sie bearbeitet haben, ich habe dieses Werk aber leider nicht auftreiben können.

Art und Weise dasselbe in dieser Lage vermehrt werden kann, während man, um zum richtigen Verständniß dieser Resultate gelangen zu können, einen entfernteren Ausgangspunkt wählen muß, nämlich die Frage, wie konnten die römischen Juristen den Uebergang der Erbschaft auf den Erben vermitteln und mit Hülfe welches Begriffes den leeren Zwischenraum zwischen dem Tode des Erblassers und dem Eintritt des Erben jenem Zwecke gemäß unschädlich machen. Um so nöthiger scheint mir aber eine Revision dieser Lehre zu sein, als neuerdings von einer sehr bedeutenden Autorität [1]) über eine der Hauptfragen derselben — nämlich über die fingirte Persönlichkeit der hereditas jacens eine Ansicht aufgestellt ist, die, wenn sie wahr wäre, die Theorie des Erbrechts um einen glücklichen Gedanken ärmer machen würde, um einen Gedanken, der nur eine aus der ganzen Structur des römischen Rechts sich ergebende Consequenz enthält, und in dem der Begriff des Erbrechts gewissermaßen concentrirt erscheint. Savigny nimmt nämlich an, daß die Fiction der Persönlichkeit der her. jacens blos im Interesse des Sklavenrechts erfunden sei, mithin ihre Bedeutung für das heutige römische Recht verloren habe [2]). Daß diese Ansicht keine bedeutende äußere Beglaubigung für sich aufzuweisen hat, wollen wir ihr nicht zum Vorwurf machen, indem auch die in der folgenden Darstellung vorgetragene Ansicht sich in dieser Hinsicht keines Vorzuges rühmen kann. Die römischen Juristen haben sich über den Zweck und Ursprung jener Fiction nicht erklärt; — man kann daher nur dadurch zum Verständniß derselben gelangen, daß man irgend

---

1) v. Savigny System des heut. röm. Rechts B. 2. §. 102. Gegen diese Ansicht erklärte sich Puchta in der Recension dieses Werkes in den kritischen Jahrbüchern von Richter und Schneider B. 8. 1840. S. 712—715.

2) Eine Ansicht, die sich auch in der angeführten Gelegenheitsschrift von Matthiae findet. Der Verf. stellt sie so hin, als bedürfe sie keines Beweises, und hat sich deswegen der überflüssigen Mühe, letztere zu erbringen, überhoben.

einen Punkt aufsucht, von wo aus jene Fiction als eine nothwendige Consequenz anderer Rechtssätze oder als eine freie, aber zweckmäßige Bereicherung derselben erscheint.

Jene Fiction ist, wenn auch die wichtigste, so doch nicht die einzige Form, unter der uns die her. jac. im römischen Recht entgegentritt. Wir treffen außerdem noch eine andere Fiction an, die wie jene der hereditas einen künstlichen Mittelpunkt giebt, allein darin sich unterscheidet, daß sie es rückwärts thut, d. h. nach Antretung der Erbschaft. Dann findet sich noch eine Betrachtungsweise, die jenen beiden zu widersprechen und mit der Möglichkeit einer Beerbung unverträglich zu sein scheint, die nämlich, daß die erbschaftlichen Sachen vor Antretung der Erbschaft res nullius seien. Nur aus der gemeinsamen Betrachtung aller drei Auffassungen kann eine richtige Einsicht in die Natur einer jeden einzelnen hervorgehn, jene Betrachtung selbst aber wird nur dann erfolgreich sein können, wenn sie den bereits bezeichneten Weg einschlägt und untersucht, wie konnten und mußten die römischen Juristen den postulirten Uebergang des Nachlasses auf den Erben und die Fortdauer der Rechtsverhältnisse nach dem Tode ihres frühern Trägers technisch erklären und rechtfertigen, d. h. mit ihren juristischen Grundbegriffen in Einklang bringen?

Diese Aufgabe soll uns zunächst beschäftigen, und erst später wollen wir zeigen, wie sie von den römischen Juristen gelöst ist.

So früh uns nun schon bei den Römern der Begriff des Erbrechts in seiner reinsten Form, der Universalsuccession entgegentritt, so wenig die römische Jurisprudenz die innere Nothwendigkeit dieser vorgefundenen Erscheinung verkennen konnte, so schwer mußte es doch für die Wissenschaft sein, jenes Begriffes Herr zu werden. Die wichtigste Aeußerung des Erbrechts, die her. petitio ließ sich freilich noch mit Hülfe der vorhandenen Rechtsbegriffe erklären. Man konnte diese Klage unter den Gesichtspunkt einer Vindication, das in Anspruch genommene Recht unter den Gesichtspunkt des Eigen=

thums an einer universitas bringen und zur Noth auch die Herrenlosigkeit der erbschaftlichen Güter vor Antretung der Erbschaft zugeben, ohne darauf zu verzichten, für ihre ausschließliche Beziehung auf den Erben eine angemessene Erklärung zu geben. Man brauchte nämlich das Recht der Occupation, diesen nothwendigen Ausfluß der Herrenlosigkeit, zunächst nur dem Erben zuzugestehen, um damit andere ausgeschlossen und zugleich die Erwerbung der Erbschaft von Seiten des Erben unter einen bekannten Begriff gebracht zu haben. Allein unabweisbar zeigte sich das Bedürfniß, für das Erbrecht einen neuen Begriff zu schaffen bei der Frage, wie man sich theoretisch die Möglichkeit der Succession des Erben in die Forderungen und Schulden des Erblassers zu denken habe. Die Obligation nämlich als Band zwischen zwei bestimmten Personen muß untergehn, sobald eine derselben ihre natürliche oder juristische Existenz verloren hat [1]). Da nun die Obligation nach dem Tode des Erblassers gar nicht mehr existirt, so kann sie schon aus diesem Grunde nicht auf den Erben übergehn. Die erste Aufgabe war also, die Fortdauer der Obligationen nach dem Tode ihres Trägers juristisch denkbar zu machen, ohne doch die Structur des Obligationenrechts zu verletzen. Allein wenn man auch diese Aufgabe gelöst und damit die Rechte der erbschaftlichen Gläubiger von der physischen Persönlichkeit des Schuldners unabhängig gemacht hatte, so setzte doch das Obligationenrecht wieder eine neue Schwierigkeit entgegen, die nämlich, daß eine Obligatio weder vom Berechtigten, noch vom Verpflichteten auf einen andern übertragen werden kann. Auch hier mußte also das Erbrecht wieder durch einen neuen Begriff den postulirten Uebergang der obligatorischen Verhältnisse auf den Erben vermitteln.

Um nun, was jene erste Schwierigkeit betrifft, die Fortdauer der Obligation nach dem Tode eines ihrer Subjecte zu

1) Mühlenbruch, Lehre von der Cession der Forderungsrechte §. 3 und 4.

rechtfertigen, mußte man in diesem Subjecte, dessen physische Seite freilich untergegangen war, dennoch dessen juristische Seite als fortlebend ansehn. Um die zweite Schwierigkeit zu beseitigen und nicht gegen die Untrennbarkeit der Obligation von dem ursprünglichen Subject zu verstoßen, so konnte man die Uebertragung der Obligation auf den Erben nur so bewerkstelligen, daß man jene juristische Persönlichkeit des Erblassers auf ihn übergehn ließ.

Die bisherige Betrachtung mußte sich den römischen Juristen bei der Schärfe, mit der sie die Beziehung der Obligation zu den ursprünglichen Subjecten erfaßt hatten, nothwendig aufdrängen, und ebenso nothwendig mußten sie zu der gegebenen Lösung greifen. Entweder behauptet man die Fortdauer der Obligation nach dem Tode ihres Subjectes, dann hat man auch die juristische Fortdauer desselben zugegeben, oder man nimmt letzteres nicht an, dann darf man auch ersteres nicht behaupten. So nothwendig nun schon dem bisherigen nach die Identificirung der Erbschaft mit der juristischen Persönlichkeit des Erblassers ist, so ist doch der Standpunkt, von dem aus wir diese Nothwendigkeit nachgewiesen haben, nur ein beschränkter — der des Obligationenrechtes. Wenn zum Zweck des Ueberganges der erbschaftlichen Forderungen eine Uebertragung der ganzen Persönlichkeit nöthig wird, so ist diese Nothwendigkeit für das Erbrecht nur eine äußerliche; denn ließen die Obligationen wie die dinglichen Rechte eine Singularsuccession zu, so würde es zu jenem Zwecke der Vermittelung durch den Begriff der juristischen Persönlichkeit nicht bedürfen. Eine innerliche Nothwendigkeit erhält aber dieser Begriff dadurch, daß das Erbrecht selbst ihn postulirt, daß alle Erscheinungen bei dem Uebergange der Erbschaft und alle Wirkungen ihrer Erwerbung nur in ihm ihre Lösung finden. So z. B. die unbedingte Verpflichtung des Erben, die Schulden des Erblassers zu bezahlen [1]), einerlei ob sie die

1) Die Einführung des benef. inventarii ist eine Neuerung, die

Activa übersteigen oder nicht, während in den Fällen, wo die Verpflichtung an eine Sache geknüpft ist, z. B. die Pekuliarschulden an das Pekulium, die Verpflichtung nie weiter reicht, als der Werth der Sache, und deswegen mit dem Verlust derselben hinwegfällt. Also nicht der Besitz oder das Eigenthum der Güter des Erblassers verpflichtet den Erben, sondern dasselbe, was jenen verpflichtete — dessen Persönlichkeit. Daher kann denn der Erbe auch die angetretene Erbschaft nicht wieder derelinquiren, — mit andern Worten die fremde Persönlichkeit, die in der seinigen aufgegangen ist, nicht wieder ausscheiden, sowenig wie es der Erblasser konnte, während wenn man die Erbschaft unter den Gesichtspunkt eines Gütercomplexes brächte, wie das peculium, die Dereliction desselben ihn ebenso befreien würde, wie der Erwerb ihn verpflichtete. Auf jenen Begriff weist ferner die Untheilbarkeit des activen und passiven Elements der hereditas. Beide Elemente sind so innig durchdrungen, daß der Erblasser, der zur Erbschaft allerdings mehre Personen berufen kann, doch nie bei dem einzelnen Erbtheil auch nur die unbedeutendste Differenz zwischen jenen beiden Elementen eintreten lassen, nie z. B. den, den er zu ¼ zum Erben eingesetzt hat, für mehr oder weniger als ¼ zu seinen Schulden verpflichten kann [1]). Wenn man hingegen den Nachlaß als einen Güter-

---

dem Grundgedanken des Erbrechts Hohn spricht und die zur Zeit der klassischen Jurisprudenz kein Kaiser vorgenommen haben würde. Das wissenschaftliche Interesse soll freilich eine Maßregel, die, wie jene, ein praktisches Bedürfniß war, nicht verhindern, wohl aber soll es das Bestreben des Gesetzgebers sein, beiden Genüge zu thun. Dies geschah in den ersten Jahrhunderten der Kaiserzeit, hingegen seit Constantin, wo sich auf den Trümmern der Wissenschaft der legislatorische Despotismus erhoben hatte, verstand man sich wenig auf so zarte Rücksichten und brach ohne weiteres ein Loch in die Mauer, weil man zu kurzsichtig oder zu bequem war, das Thor zu suchen.

1) D. h. in der Art, daß diese Verfügung den Gläubigern oder Schuldnern gegenüber eine unmittelbare Wirksamkeit hätte. Die Miterben können freilich durch das judic. fam. erc., die Gläubiger durch

complex auffaßt, so sieht man nicht ein, weshalb der Erblasser nicht über jedes einzelne Stück besonders sollte verfügen können.

Das Vermögen des Erblassers ändert also mit dessen Tode wesentlich seinen Charakter, es wird ein Object, das von allen andern Objecten, mit denen sich die übrigen Rechtstheile beschäftigen, wesentlich verschieden ist, ein Object, das man universitas nennen mag, aber in der That nichts ist, als die juristische Persönlichkeit eines Verstorbenen [1]). Zu dieser Einsicht mußten die römischen Juristen, wenn sie das geltende Recht wissenschaftlich construiren oder reproduciren wollten, nothwendig kommen; sie ihnen abzusprechen, hieße ihnen eine große wissenschaftliche Unmündigkeit oder einen um rationelle Erfassung und Darstellung des Rechts unbekümmerten Empirismus unterschieben. In der That aber finden wir, daß sie die Erbschaft unter jenen Gesichtspunkt gebracht haben, nämlich durch die Fiction, daß die hered. jacens defuncti loco sei.

Wenn wir nun hiermit hinsichtlich dieser Fiction schon den Weg angedeutet haben, den wir bei der spätern genauern Betrachtung derselben weiter verfolgen werden, so wollen wir auch hinsichtlich der beiden andern Auffassungsarten der her. jac. versuchen, auf aprioristischem Wege zu ihrem Verständniß zu gelangen. Wir versetzen uns auch hier wieder auf den Standpunkt der römischen Jurisprudenz.

Wenn der Erbe die Erbschaft angetreten hatte, so war damit die Persönlichkeit des Erblassers auf ihn übergegangen, sie hatte folglich auch vor der Antretung fortbestehen müssen. Allein konnte man letzteres schon vor der Antretung behaupten? Offenbar waren zwei Fälle möglich, die Persönlichkeit

---

die act. ex testam. (legatum debiti) die Realisirung einer solchen Auflage erzwingen.

1) Dies ist bekanntlich jetzt auch die gewöhnliche Lehre. S. z. B. Büchel, Civilrechtl. Erörterungen B. 2. Abth. 1. S. 11. Savigny, System B. 1. S. 380. Puchta, Pandecten 2. Ausg. §. 446.

des Erblassers konnte nach dem Tode fortdauern, sie konnte aber auch mit demselben untergehn. Jene Fortdauer war freilich nicht durch den Eintritt eines heres im römischen Sinne bedingt; auch der Bonorum Possessor, der Fiscus, der Bonorum Emptor waren loco defuncti. Allein wenn Niemand ein Erbrecht geltend machte, der Fiscus die Erbschaft nicht an sich zog, und auch keine Schulden vorhanden waren, so daß es zur bonorum venditio hätte kommen können — ein Fall, der freilich sehr selten sein mochte, der aber juristisch nicht weniger möglich war, als der Eintritt eines Universalsuccessors — in diesem Falle, sage ich, war offenbar die Persönlichkeit des Verstorbenen mit ihm untergegangen. Der Nachlaß war also ohne Mittelpunkt, keine universitas, sondern ein Haufen einzelner Sachen, die, eben weil sie herrenlos waren, jeder durch Occupation in sein Eigenthum bringen konnte. So unwahrscheinlich auch in den meisten Fällen ein solcher Ausgang sein mochte, so mußte doch die Theorie, wenn sie das rechtliche Verhältniß der hereditas jacens bestimmen wollte, ihn als möglich setzen. Die Wahrscheinlichkeit des entgegengesetzten Erfolges konnte hier, wo es sich um eine juristische Analyse handelte, ebensowenig von Einfluß sein, wie bei den Bedingungen die Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts die Pendenz derselben irgend wie alterirt[1]). Wie bei letztern, so war auch bei der her. jacens ein geordneter Zustand vorhanden, dessen definitive Bestimmung noch von der Zukunft abhing, über den man also vorher sein Urtheil suspendiren mußte. Während der hered. jac. konnte man also über die Gültigkeit neu entstandner Rechtsverhältnisse, über die Fortdauer der frühern nichts bestimmen. Wollte man es dennoch thun, so mußte man sein Urtheil nach Maßgabe des bestehenden Zustandes einrichten, also die in der Zukunft liegende Möglichkeit einer universitas unberücksichtigt lassen

---

1) L. 169. §. 1. de R. J. (50. 17.) Quod pendet, non est pro eo, quasi sit.

und sagen: die alten Rechtsverhältnisse sind untergegangen, neue können nicht entstehen, weil ihnen der juristische Mittelpunkt fehlt. Trat nun später eine Universalsuccession ein, so stellte sich freilich diese Auffassung als unrichtig heraus, indem der Nachlaß sich rückwärts in eine universitas verwandelte, allein dennoch war jene Auffassung, wenn man überhaupt während der hered. jac. den rechtlichen Charakter derselben bestimmen und sein Urtheil nicht suspendiren wollte, von den beiden möglichen Auffassungsarten des Nachlasses die einzig richtige. Denn sie stützte sich auf die gegenwärtige Erscheinung der Masse, während die Annahme einer universitas in dieser Zeit in der That von Voraussetzungen ausgehen mußte, die noch der Zukunft angehörten und eintreten oder ausbleiben konnten. Bei jener Auffassung beschränkte man seinen Gesichtspunkt auf die Gegenwart und ließ den rückwirkenden Einfluß der Zukunft außer Acht, bei dieser aber setzte man sich umgekehrt über die Gegenwart hinweg und anticipirte eine wahrscheinliche Möglichkeit als Wirklichkeit.

Wir sind demnach zu dem Resultate gekommen, daß die römische Jurisprudenz

1) die Universalsuccession als eine Transmission der Persönlichkeit des Erblassers auffassen mußte, mithin auch
2) nach dem Eintritt derselben einräumen, daß jene Persönlichkeit nach dem Tode des Erblassers fortgedauert habe; daß sie aber
3) vor jenem Eintritt dies nicht behaupten konnte.

Diese Deduction stützt sich aber blos auf den Begriff des Erbrechts. Allein die Fortdauer der Persönlichkeit des Erblassers wird nicht blos durch das Erbrecht, sondern auch durch das Vermögensrecht postulirt. Die Rechte der Gläubiger sollen nicht durch die physische Existenz ihres Schuldners bedingt sein, sondern auch nach seinem Tode fortdauern, einerlei ob ein Erbe antritt oder nicht. Dieses Postulat kann zwar durch das Erbrecht befriedigt werden, indem letzteres durch den Uebergang der juristischen Persönlichkeit des Erblassers auf den

Erben damit zugleich die Fortdauer derselben vermittelt und dadurch auch die der erbschaftlichen Forderungen; allein diese Befriedigung des Vermögensrechts durch das Erbrecht darf keine exclusive sein, mit andern Worten der Gläubiger wegen muß die Fortdauer jener Persönlichkeit auch bereits vor ihrer Transmission anerkannt werden. Hierdurch werden also die Resultate, die wir im bisherigen gefunden haben, modificirt.

Die bisherige Betrachtung wird uns für die folgende Untersuchung den Dienst leisten, uns auf den Standpunkt versetzt zu haben, von dem aus die Darlegung wie die Kritik der römischen Auffassung mit Sicherheit versucht werden kann. Kommt die römische Jurisprudenz zu denselben Resultaten, die wir gefunden haben, so dürfen wir annehmen, daß sie auch denselben Ausgangspunkt gehabt hat; kommt sie zu anderen, so haben wir für letztere im bisherigen einen Maßstab der Beurtheilung gewonnen. Wir wollen uns denn jetzt der römischen Jurisprudenz zuwenden.

II.

Die Herrenlosigkeit der erbschaftlichen Güter.

In mehren Stellen unserer Quellen kommt die Aeußerung vor, die erbschaftlichen Sachen seien res nullius [1]. Drücken wir sie etwas anders aus, so sagt sie, mit dem Erblasser sind alle dessen Rechte und Verpflichtungen untergegangen. Denn gesteht man dem Tode einer Person jenen das Eigenthum vernichtenden Einfluß zu, so kann man dies nur thun, weil das Eigenthum wie jedes andere Recht ohne

1) Javolenus: l. 64. de her. inst. (28. 5.)
Gajus: l. 1. pr. de Rer. Div. (1. 8.), Comment. lib. II. §. 9.
Ulpianus: l. 13. §. 2. ad leg. Aquil. (9. 2.)
L. 3. de pecul. (15. 1.)
L. 13. §. 5. quod vi (43. 23.)
L. 9. §. 1. de jure dot. (23. 3.)
Paulus: l. 6. expil. hered. (47. 19.)

Rechtssubject nicht bestehen kann. Die Meinungen über den Sinn dieser Herrenlosigkeit sind getheilt, nur darin stimmen alle überein, daß sie die Occupation der erbschaftlichen Sachen ausschließen und auch die Herrenlosigkeit selbst auf irgend eine Weise aus dem Wege zu räumen suchen. Der gute Brunnemann [1]) hat in seiner Noth zu dem desperaten Mittel gegriffen zu behaupten: die Aeußerung, die res hereditariae seien nullius, müsse man auf den Besitz, nicht auf das Eigenthum beziehen. So etwas konnte freilich nur Brunnemann thun, denn die angeführten Stellen sagen mit dürren Worten das Gegentheil. Seine Ansicht hat denn auch keinen andern Anhänger gefunden. Jene Herrenlosigkeit hat man nun auf eine doppelte Weise beseitigen wollen, nämlich Einige durch das zukünftige Eigenthum des Erben [2]), Andere [3]) durch die Fiction, wornach die her. jac. selbst die Herrin ist. Jene erste Ansicht ist in der That ganz unjuristisch, denn während der her. jac. existirt für uns noch kein Erbe, weder der, dem sie jetzt deferirt ist, noch überhaupt ein anderer. Denn wer weiß, ob überhaupt die Erbschaft angetreten werden wird? [4]) Es wäre ja sogar der Fall möglich, daß es nicht blos nicht zur Beerbung, sondern auch gar nicht zu einer Univer-

---

1) Comment. ad Pandect. ad l. 1. de R. D. (1. 8.)

2) Z. B. Huber Praelect. jur. Rom. et hod. Pars II. lib. I. tit. 8. De facto meint er seien die res nullius, allein occupirt könnten sie nicht werden propter spem domini futuri. Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandectenrechts B. 2. §. 219. . . . „Die zur Zeit in Niemandes Eigenthum befindlichen Sachen . . . möge der künftige Eigner bestimmt sein, was bei der hered. jac. der Fall ist.“

3) Z. B. Ant. Faber Ration. ad Pand. zu l. 1. de Rer. Div. Bereits im sogen. Brachylogus II. 1. §. 14. findet sich diese Ansicht . . „sed tamen, quia hereditas vicem personae sustinet, cuilibet occupanti non conceduntur.“

4) Eine Anwendung davon enthält l. 55. §. 1. de leg. II. (31.) S. auch l. 10. de test. tut. (26. 2.): Si hereditas nondum adita sit, ex qua tutor speratur, verius est alium tutorem posse dari, quasi nondum sit nec speretur.

falsuccession kam, daß also die Sachen in der That res nullius waren und blieben. Einem Umstande bereits vor seinem Eintritte rückwirkende Kraft beizulegen, wäre in der That der schlechteste Ausweg gewesen. Um aber mit Sicherheit den theoretischen oder praktischen Werth jener behaupteten Herrenlosigkeit beurtheilen zu können, bedarf es zunächst der Frage, ob eine consequente Durchführung derselben möglich war, oder ob man sich den Widerspruch zu Schulden kommen lassen mußte, dieselbe auf irgend eine Weise zu entkräften, sei es nun dadurch, daß man dem zukünftigen Erben oder der her. jac. das Eigenthum zuschrieb. Des Erben wegen war dieser Widerspruch gar nicht nöthig. Denn wenn er antrat, so war sein Interesse durch die Fiction [1]) daß er schon im Augenblick des Todes des Erblassers Erbe gewesen sei, vollständig gedeckt. Vor der Antretung aber, wo er die erbschaftlichen Sachen noch nicht als die seinigen in Anspruch nehmen konnte, war er eben deswegen auch gar nicht dabei interessirt, ob man ihm oder der her. jac. das Eigenthum der Sachen beilegen oder letztere für herrenlos erklären wollte. Jede dieser interimistischen Behandlungsweisen würde für ihn zu demselben Resultate führen, denn zu der Zeit, wo sie ihm gefährlich werden könnte, hat sie mit ihren sämmtlichen Folgen dem definitiven Zustande Platz gemacht, vorher aber berührt sie ihn gar nicht. Wenn wir blos die Möglichkeit einer Beerbung und das Interesse des Erben ins Auge fassen, so kann man z. B. jene Herrenlosigkeit oder richtiger jenen Untergang sämmtlicher Rechtsverhältnisse des Verstorbenen vollständig durchführen, ohne irgend wie anzustoßen, und vom Standpunkte des juristischen Rigorismus aus ist diese Behandlungsweise die einzig richtige. Denn wir bestimmen auf diese Weise den juristischen Charakter des Nachlasses nach den Daten,

1) Vorläufig möge hier die Anführung der Stellen genügen, in denen sie vorkommt, nämlich in l. 138. pr., l. 193. de R. J. (50. 17.) l. 54. de acq. her. (29. 2.) l. 28. §. 4. de stip. serv. (45. 3.). Das Nähere s. unten.

welche uns gegenwärtig vorliegen und bedürfen keiner künstlichen Mittel. Um sich zu überzeugen, daß diese Behandlungsweise durchaus unschädlich und nothwendig ist, vergleiche man sie mit der in andern ähnlichen Fällen eintretenden. Wenn z. B. Jemand das Eigenthum einer Sache unter einer Resolutivbedingung erworben hat, so gesteht man zu, daß das Eigenthum des Tradenten untergegangen ist, daß nicht letzterer, sondern ersterer in jeder Beziehung als Eigenthümer zu behandeln ist, ungeachtet doch der Eintritt der Resolutivbedingung diese ganze Auffassung rückwärts cassiren kann. Gesetzt nun der jetzige Eigenthümer derelinquirt die Sache, ein Anderer occupirt sie, brauchen wir letzterm deshalb das Eigenthum abzusprechen, weil der erste Eigenthümer die Aussicht auf den Rückfall desselben hat? Ist letzterem die Wirksamkeit dieser Occupation irgendwie schädlich? Durchaus nicht, denn vor Eintritt der Bedingung hat er gar kein Recht auf die Sache, nachher aber steht dieses interimistische Eigenthum des Occupanten ihm durchaus nicht entgegen, denn die ganze Zwischenzeit, in der er bisher nicht Eigenthümer war, wird durch die rückwirkende Kraft der Bedingung umgestaltet, und mittelst letzterer ist er in dieselbe Lage versetzt, als hätten wir ihn bereits während jener Zeit ganz als wahren Eigenthümer behandelt. Dasselbe Verhältniß findet aber bei den erbschaftlichen Sachen Statt. Auch hier können wir die Occupation unbedenklich zulassen, ohne dem Erben zu schaden; auch hier hat die Antretung der Erbschaft dieselbe Wirkung, als wenn wir schon vorher, sei es dem Erben oder der her. jac., das Eigenthum zugeschrieben hätten. Man könnte gegen diese Behandlungsweise vielleicht einwenden, daß durch die einmal zugegebene Herrenlosigkeit, oder, allgemeiner ausgedrückt, Rechtlosigkeit der ganzen Masse die Möglichkeit einer Beerbung ausgeschlossen werde. Denn wie sollte die universitas auf den Erben übergehen können, wenn sie nicht vorher existirt hätte. Allein dieser Einwand beseitigt sich durch die Verweisung auf den angeführten analogen Fall. Auch hier könnte man eine

ähnliche Argumentation anwenden und sagen: wenn man einmal zugegeben hat, daß das Eigenthum des ersten Eigenthümers untergegangen ist, so kann ja der Eintritt der Resolutivbedingung zwar ein neues Entstehen, aber doch keine Fortdauer seines Rechts zur Folge haben. Allein wenn in diesem Falle der Eintritt eines Umstandes einem Rechtsverhältnisse, das vor demselben nicht existirte, rückwärts Existenz verschaffen kann, so kann auch die Antretung der Erbschaft eine Sache, welche vorher nicht existirte, rückwärts ins Leben rufen und dadurch zum Object der Erwerbung machen. Es mag freilich paradox erscheinen, daß das Object einer Erwerbung erst durch letztere selbst geschaffen werden soll, allein auch bei der Specification ruft eine Thatsache das Object der Erwerbung ins Leben und vermittelt den Erwerb [1]). Man könnte mit Rücksicht auf letztere Erwerbungsart sagen: wenn man einmal den Nachlaß als rechtlos behandeln wollte, so mußte man der Antretung der Erbschaft eine specificirende Kraft beilegen.

Während man aber, ohne dem Erben irgendwie zu nahe zu treten, den Untergang sämmtlicher Rechtsverhältnisse des Erblassers während der her. jac. annehmen konnte, war dies nach einer andern Seite hin wenigstens nach neuerem Rechte nicht möglich. Seitdem nämlich Rutilius den erbschaftlichen Gläubigern das Recht der bonorum venditio zugestanden hatte [2]), waren letztere von der Existenz eines Erben emancipirt. Diese von der Antretung der Erbschaft unabhängige Aeußerung ihrer Rechte setzte die Existenz letzterer voraus. Es war also mit andern Worten anerkannt, daß die Rechte der Gläubiger auch nach dem Tode des Erblassers fortdauerten, einerlei ob ein Erbe existirte oder nicht. Seit dieser Neuerung nun

---

1) S. auch noch unten unter No. III. das eigenthümliche Rechtsverhältniß, welches bei der Beerbung eines filiusfamilias miles eintrat. Sein peculium castrense verwandelte sich erst mit und durch die Antretung in eine universitas.

2) Gaj. IV. §. 35.

konnte man, wenn man theoretisch den Charakter der her. jac. bestimmen wollte, nicht mehr sagen, die res hereditariae sind res nullius, die Forderungen und Schulden sind untergegangen, sondern man mußte vielmehr, wenn man nicht gegen das praktische Recht verstoßen, eine Erscheinung desselben unerklärt lassen wollte, zugestehen, daß die ganze Persönlichkeit des Erblassers auch unmittelbar nach seinem Tode fortdauere, und daß es zu diesem Zwecke nicht erst der Antretung der Erbschaft bedürfe. Denn dauert sie nach der passiven Seite fort, so muß sie es auch nach der activen, mit andern Worten so wenig wie die Schulden des Erblassers untergegangen sind, so wenig sind es auch dessen Forderungen und dinglichen Rechte. Die Lehre von der Herrenlosigkeit der erbschaftlichen Sachen war jetzt mithin aufzugeben, und wenn man es nicht that, so war dies ein den Boden des geltenden Rechts verlassendes und mithin müßiges Spiel der Theorie, letztere also insofern hinter der Praxis zurück, als sie auf den unschädlichen Mangel eines physischen Rechtssubjects Gewicht legte. Vor Rutilius war die Lehre von der Herrenlosigkeit der erbschaftlichen Güter praktisch durchführbar, denn das damals geltende Recht setzte derselben noch keine Erscheinung entgegen, die unter jener Voraussetzung unerklärlich geblieben wäre. Die Gläubiger hatten kein Mittel ihr Recht geltend zu machen. Sie konnten den Nachlaß occupiren, allein das konnte ein jeder Andere auch. Es ward ihnen, wenn die durch Gesetz oder Testament berufenen Erben die Erbschaft ausgeschlagen hatten, im Wege Rechtens erst wieder durch die Usucapion der hereditas geholfen [1]). Denn wer die Erbschaft usucapirt hatte, war ja eben damit Erbe und mithin Schuldner der Gläubiger geworden. Vor dem Eintritt dieser Usucapion war aber den Gläubigern keine Rechtshülfe gewährt, in der die Fortdauer ihrer Forderungen mittelbar ausgesprochen gewesen wäre. Es ließ sich also, ohne irgendwo anzustoßen,

1) Gaj. II. §. 54, 55.

die Lehre vom Untergange sämmtlicher Rechtsverhältnisse aufstellen, und wenn man es mit der Herrenlosigkeit ernstlich meinte, so war jenes sogar nothwendig geworden.

Wir haben bisher gesehen, daß nach Rutilius die Annahme und Durchführung jener Herrenlosigkeit ein Unding geworden war, daß sie aber vorher allerdings möglich gewesen wäre, in der Art also, daß die Occupanten erbschaftlicher Güter als Eigenthümer hätten anerkannt werden müssen. Es frägt sich nun, ob diese Lehre damals wirklich praktische Realität gehabt hat. Man könnte diese Frage bejahen und Spuren dieser Lehre in der alten usucapio pro herede lucrativa [1]) und der damit zusammenhängenden Rechtsregel: rei hereditariae furtum non fit [2]) entdecken wollen, wie denn in der That auch Paulus letztere Regel auf die Herrenlosigkeit gründet [3]). Allein was jene Usucapion betrifft, so könnte man sie gerade als Argument für die entgegengesetzte Ansicht benutzen, indem, die Herrenlosigkeit der erbschaftlichen Güter vorausgesetzt, eine Usucapion nicht mehr nöthig gewesen wäre, sondern die bloße Occupation ausgereicht haben würde. Wenn man nun gleich diesen Grund mit der gewöhnlichen, neuerdings aber mit Recht wieder angefochtenen [4]) Annahme, daß die bloße Occupation bei res mancipi kein quiritarisches Eigenthum erzeugt habe, hinsichtlich dieser Art der Sachen aus dem Wege räumen könnte, so scheint er doch hinsichtlich der res nec mancipi entscheidend zu sein. Bei herrenlosen res nec mancipi, könnte man sagen, brauchte die Occupation nicht erst durch Usucapion vervollständigt zu werden; wenn nun dennoch alle res hereditariae erst usucapirt werden mußten, so ergiebt sich ja daraus, daß sie nicht für res nullius angesehen wurden. Allein

1) S. Gaj. II. §. 52 u. f. III. §. 201.

2) S. die folgende Note und l. 68 — 70. de furtis (47. 2.)

3) In l. 6. expil. her. (47. 19.) Rei hereditariae furtum non fit, sicut nec ejus, quae sine domino est.

4) Bluntschli in Sells Jahrbüchern B. 1. S. 309 u. f.

auch bei den res nec mancipi ist jener Schluß unstatthaft, weil nämlich die usucapio pro herede sich ursprünglich nicht auf die einzelnen körperlichen Sachen, sondern auf die hereditas bezog [1]). Jedoch eben diese usucapio hereditatis beweist, daß man im ältern Recht den Nachlaß nicht als eine rechtlose Masse einzelner Sachen, sondern als eine universitas behandelte. Diese Auffassung ist aber der Annahme der Herrenlosigkeit des Nachlasses geradezu entgegengesetzt, indem sie ja das aussagt, was letztere Auffassung negirt, daß nämlich die rechtlichen Beziehungen der Sachen mit dem Tode des Eigners nicht untergegangen sind, letztere vielmehr in der hereditas ihren juristischen Mittelpunkt behalten haben. Im spätern Recht ward nun zwar jene usucapio hereditatis zu einer Usucapion der einzelnen erbschaftlichen Sachen, allein daß weder sie, noch die ihr dienende Regel: rei hereditariae furtum non fit, auf eine Herrenlosigkeit der erbschaftlichen Sachen hinweisen, geht daraus hervor, daß beide nicht auf die Zeit der hereditas jacens beschränkt sind, sondern daß die Occupation jener Sachen auch **nach** Antretung der Erbschaft unter denselben Gesichtspunkt fällt, wie vorher, sobald nur in jenem Fall der Erbe noch nicht in den Besitz derselben gekommen war [2]). Beide stützen sich also nicht darauf, daß die Sachen vor Antretung der Erbschaft res nullius, sondern darauf, daß sie ohne Besitzer sind; darum fallen sie nicht hinweg, wenn

1) Gaj. II. §. 54. . . . olim rerum hereditariarum possessione velut ipsae hereditates usucapi credebantur.

2) L. 2. §. 1. Expil. hered. (47. 19.) Ulp. . . . . ante aditam hereditatem **vel post aditam**, antequam res ab herede possessae sunt, nam in hunc casum furti actionem non competere palam est.

Gaj. II. §. 52. . . si rem hereditariam, cujus possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit caet. — III. §. 201 . . . interdum rem alienam occupare et usucapere concessum est nec creditur furtum fieri velut res hereditarias, quarum (heres nondum est) nactus possessionem. Cicero (epist. ad divers. VII. 22.) meldet uns, daß Sex. Aelius, M. Manilius und M. Brutus dem Erben die act. furti zugesprochen hatten, zu seiner Zeit stand aber schon das Gegentheil fest.

jene Sachen im Erben wieder einen Herrn, sondern erst, wenn sie in ihm wieder einen Besitzer erhalten haben.

Man muß also jene Regel nicht mit Paulus aus dem Mangel eines Herrn, sondern mit Scävola und Ulpian in der l. 1. §. 15. si is, qui test. (47. 4.)[1]) aus dem Mangel eines Besitzers erklären, und ebendarauf ist auch die usuc. pro herede lucrativa zu stützen.

Wir sind also zu dem Resultat gekommen, daß die von den römischen Juristen behauptete Herrenlosigkeit erbschaftlicher Sachen weder im älteren noch im neueren römischen Recht praktische Anwendbarkeit gehabt hat, daß jene Auffassung vielmehr eine apriorische, blos den natürlichen Zustand der Erbschaft, nicht deren juristische Behandlung ins Auge fassende Ansicht der Theorie war. Für den Erben wäre ihre praktische Durchführung allerdings möglich gewesen, ohne seine Lage irgendwie zu verschlechtern, nicht aber für die Gläubiger. Das Interesse der letztern fordert vielmehr, daß die Fortdauer der Persönlichkeit ihres Schuldners nach seinem Tode anerkannt werde, einerlei ob sie bereits auf den Erben transmittirt ist, oder nicht. Wir müssen also die Herrenlosigkeit der erbschaft-

1) Ulp. Scaevola ait, possessionis furtum fieri, denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri. Iccirco autem hereditati furtum non fieri, quia possessionem hereditas non habet etc. Freilich gehn beide Juristen darin zu weit, daß sie die Regel aufstellen, possessionis furtum fieri, denn diese Regel hat Ulpian selbst nicht beachtet. Man sehe z. B. die l. 41. pr. de furtis (47. 2.) worin er sagt: Si, cum quis in hostium potestate esset, furtum ei factum sit et postliminio redierit, poterit quis dicere eum furti habere actionem, während doch der Besitz ganz unzweifelhaft durch die Gefangennehmung untergegangen war. l. 12. §. 2. de capt. (49. 15.) . . certum est, eum possidere desisse l. 23. §. 1. de acq. poss. (41. 2.). Eine nähere Beurtheilung der von Scävola aufgestellten Regel findet man bei F. de Retes in Meermann Thesaur. tom. VI. p. 330 seq. und Unterholzner Ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre Th. 1. S. 213 u. f.; für unsern Zweck genügt es, daß Scävola und Ulpian aus jener Regel die Occupation erbschaftlicher Sachen erklären wollen.

lichen Güter gänzlich aufgeben, nicht, wie gewöhnlich behauptet wird, wegen des zukünftigen Eigenthums des Erben, sondern weil auch vor seinem Eintritte die passive Seite der Persönlichkeit des Erblassers fortdauert und mithin auch die active, oder mit andern Worten weil das römische Recht den Nachlaß auch vorher als eine universitas behandelt. Insofern haben also, um auf die oben angegebenen Ansichten zurückzukommen, diejenigen Recht, welche die Herrenlosigkeit mit der Fiction, daß die hereditas personae vicem sustinet, aus dem Felde schlagen, nur darf man nicht meinen, als wenn letztere deshalb erfunden worden wäre, um jene Herrenlosigkeit zu beseitigen. Denn schon lange vorher, ehe man an jene dachte, war letztere unmöglich geworden.

III.

Die rückwirkende Kraft der Antretung der Erbschaft.

Die eben behandelte Auffassung der erbschaftlichen Sachen war freilich schon früh praktisch unmöglich geworden, allein die entsprechende Form für die praktisch anerkannte Fortdauer der Rechtsverhältnisse während der her. jac., die Fiction nämlich, daß letztere die Person des Erblassers repräsentire, findet sich erst im zweiten Jahrhundert der Kaiserzeit. Bis dahin galt ausschließlich eine Behandlungsweise, die wir eben nach ihrer einen Seite haben kennen lernen, und die ihre Vervollständigung durch die rückwirkende Kraft der Antretung der Erbschaft erhielt. Es ward nämlich fingirt, daß der Erbe schon im Augenblick des Todes des Erblassers angetreten, daß es mit andern Worten nie einen Zustand der Rechtlosigkeit für die Masse gegeben habe. Diese Fiction hält also jener interimistisch angenommenen Rechtlosigkeit das Gegengewicht — beide gehören zusammen und bilden den Mechanismus des ältern Rechts. Letzterer steht zu dem des neueren Rechts — der fingirten Persönlichkeit der her. jac. — in demselben Verhältniß, als eine Suspensivbedingung zu einer Resolutivbe-

dingung. Dort tritt das Rechtssubject, um das es uns für den Nachlaß zu thun ist, erst am Ende, hier bereits am Anfang der her. jac. ein. Unvollkommen war jene Behandlungsweise insofern, als sie, was die Rechte der Gläubiger anbetraf, das geltende Recht nicht deckte. Vom Standpunkt des Erben aus betrachtet zeigt sie sich hingegen, wie wir oben bereits gesehen haben, vollkommen ausreichend. Wir wollen jetzt das zweite Glied derselben, die Fiction, daß der Erbe bereits im Augenblick des Todes des Erblassers dessen Persönlichkeit in sich aufgenommen habe, näher betrachten.

Ausdrücklich wird diese Fiction erwähnt von Cassius in l. 28. §. 4. de stip. serv. (45. 3.) Gajus: Illud quaesitum est, an heredi futuro servus hereditarius stipulari possit. Proculus negavit, quia is eo tempore extraneus est. Cassius respondit posse, quia qui postea heres extiterit, videretur ex mortis tempore defuncto successisse, quae ratio illo argumento commendatur, quod heredis familia ex mortis tempore funesta facta intelligitur, licet post aliquod tempus heres extiterit; manifestum igitur est servi stipulationem ei acquiri. Dann wendet Labeo sie an in der l. 9. de foen. naut. (22. 2.). . quamvis eo die, qui primus solvendae pecuniae fuerit, nemo vixerit, qui eam pecuniam deberet, tamen perinde committi poena potest, a c s i f u i s s e t h e r e s d e b i t o r i s. Mochte Labeo hier diese Fiction, daß der Erbe bereits am Verfalltage Erbe gewesen sei, schon vor der Antretung der Erbschaft eintreten lassen oder, wie Cassius und die übrigen Juristen, erst nachher, in beiden Fällen würde wenigstens nach seiner Ansicht nicht die Person des Erblassers, sondern die des Erben den Zeitraum der her. jac. beherrschen. Einen andern Fall, in dem er zwar unsere Fiction nicht ausdrücklich erwähnt, aber doch der Sache nach zur Anwendung bringt, enthält die l. 20. §. 1. de cond. inst. (28. 7.). Dasselbe geschieht von Ursejus Ferox und seinen Zeitgenossen in einer Stelle, die wir erst später näher betrachten wollen, in der l. 36. de solut. (46. 3.) Unter den übrigen Juristen er=

wähnen sie noch Celsus [1]), Paulus [2]) und Florentinus [3]). Am wichtigsten für uns ist es, daß sie schon bei Labeo, Cassius und Celsus erscheint. Da nämlich die Fiction der Persönlichkeit der hered. jac. zur Zeit dieser Juristen noch nicht aufgekommen war, dennoch aber die Gültigkeit der Stipulationen erbschaftlicher Sklaven, ihrer Erbeinsetzung im Testamente Dritter u. s. w. von ihnen anerkannt wird [4]), so folgt daraus, daß es zu letzterm Zweck der eben genannten Fiction nicht bedurfte. Diese Behauptung, welche für die richtige Auffassung dieser Fiction von entscheidender Wichtigkeit ist, läßt sich auch auf andere Weise begründen, und ich will dies um so weniger unterlassen, als kürzlich von Savigny das Gegentheil behauptet ist [5]). Es gab, sagt er, Erwerbungen, bei welchen es wegen ihrer streng civilen Natur mit der Rechtsfähigkeit des Erwerbers besonders streng genommen wurde; sollten diese von einem Sklaven ausgehen, dessen Erwerbsfähigkeit überhaupt von der seines Herrn abhing, so wurde ein bekannter und fähiger Herr vorausgesetzt, wenn nicht der Erwerb ungültig oder wenigstens in seiner Gültigkeit zweifelhaft bleiben sollte. Unter diese streng civilen Erwerbungen gehörte nun die Erbeinsetzung des Sklaven, indem deren Gültigkeit davon abhing, daß der Sklave einen zur Zeit des errichteten Testaments einsetzungsfähigen Herrn hatte. Ebenso verhielt es sich mit dem Erwerbe einer Forderung durch die Stipulation eines Sklaven; gewiß auch ebenso mit dem Erwerb des Eigenthums, wenn sich der Sklave eine Sache mancipiren ließ,

1) L. 193. de R. J. (50. 17.) Omnia fere jura heredum perinde habentur ac si continuo sub tempus mortis heredes extitissent.

2) L. 138. pr. ibid. Omnis hereditas quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur.

3) L. 54. de acq. her. (29. 2.) Heres quandoque adeundo hereditatem jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur.

4) L. 64. de hered. inst. (28. 5.) Javolenus . . . . Labeo frequenter scribit.

5) System des heutigen röm. Rechts B. 2. S. 366 u. f.

nur daß dieser Fall im Justinianeischen Recht nicht mehr berührt wird. Um dieser durch die strenge Rechtsform beschränkten Erwerbungen willen hatten die Römer jene Fiction eingeführt, die es möglich machte, die Gültigkeit der Handlung mit Sicherheit zu beurtheilen, indem dieselbe nun von der Rechtsfähigkeit des bekannten Erblassers abhing, anstatt daß die Fähigkeit des noch unbekannten Erben ungewiß war.

Savigny geht also von der Voraussetzung aus, die Gültigkeit jener Erwerbungen hätte nicht suspendirt werden können. Allein wie wenig dies der Fall war, läßt sich aus vielen Stellen erweisen. Es möge hier nur eine genannt werden, die l. 86. §. 2. de leg. I.: Cum servus legatur et ipsius servi status et omnium, quae personam ejus attingunt, in suspenso est, nam si legatarius a se repulerit legatum, numquam ejus fuisse videbitur, si non repulerit, ex die aditae hereditatis ejus intelligetur. Secundum hanc regulam et de jure eorum, quae per traditionem servus acceperit, aut stipulatus fuerit deque his, quae legata ei vel donata fuerunt, statuetur, ut vel heredis vel legatarii servus singula gessisse existimetur. Wenn also der legirte Sklave nach Antretung der Erbschaft durch Stipulation oder Legat — also streng civile Erwerbungsarten — etwas erworben hat, so wird die Gültigkeit dieser Erwerbungen dadurch nicht ausgeschlossen, daß man den wirklichen Herrn des Sklaven noch nicht kennt. Wenn der Legatar den legirten Sklaven ausschlägt, so ist rückwärts der Erbe Eigenthümer desselben gewesen, und aus seiner Person werden die Geschäfte des Sklaven aufrecht erhalten; sonst aber aus der Person des Legatars. Man denke ferner an die rückwirkende Kraft des Postliminium, durch welche ja alle Erwerbungen der Sklaven des Gefangenen aufrecht erhalten werden [1]). Am schlagendsten aber ist die Ver-

1) L. 12. §. 6., l. 22. §. 1. de capt. (49. 15.) . . . quaecunque servi captivorum stipulantur vel accipient, acquiri dominis intelligun-

gleichung zweier Fälle, in denen der Erwerb während der her. jac. nur durch die rückwirkende Fiction aufrecht erhalten werden kann, weil die Anwendung der andern Fiction dadurch ausgeschlossen ist, daß es zur Zeit des Erwerbes noch gar nicht erhellte, ob eine her. jac. vorhanden war oder nicht [1]). Diese Ungewißheit fand nämlich Statt bei der Beerbung eines in feindlicher Gewalt verstorbenen Gefangenen und bei der eines Haussohns, der über sein peculium castrense testirt hatte. Was den ersten Fall betrifft, so war der Anfangspunkt der her. jac. nicht der Augenblick des Todes des Gefangenen, sondern nach der bekannten Fiction der lex Cornelia der Augenblick seiner Gefangennehmung. Wenn nun die Savigny'sche Ansicht richtig wäre, so müßten alle während dieses Zeitraums Seitens der Sklaven gemachten Erwerbungen ungültig sein. Denn zur Zeit des Erwerbes ließ sich nicht bestimmen, ob der Gefangene zurückkommen oder in feindlicher Gewalt sterben würde, ob also dieser Erwerb durch die Fiction des Postliminium oder der Persönlichkeit der her. jac. aufrecht gehalten werden mußte. Ungeachtet man nun die Entscheidung jener Frage über die Gültigkeit der Erwerbungen suspendiren mußte, so wurden doch letztere nach Eintritt des entscheidenden Umstandes in beiden Fällen als gültig betrachtet [2]). War der Gefangene in Feindes Gewalt gestor-

---

tur, cum postliminio redierint . . . Legata quoque servis eorum praesenti die vel sub conditione . . . . item si servus ab extero heres institutus fuerit.

1) Dasselbe trat auch bei der Beerbung eines Latinus Junianus ein. Denn wenn der ehemalige Herr von seinem Rechte den Nachlaß jure quodammodo peculii in Anspruch zu nehmen (Gaj. III. §. 56 u. f.) keinen Gebrauch machte, so traten die Kinder des Verstorbenen als Erben ein.

2) L. 1. de capt. (49. 15.) Quod servus ejus, qui ab hostibus captus est, postea stipulatus est, aut si legatum sit servo ejus, posteaquam ille ad hostes pervenit, hoc habebunt heredes ejus, quia et si captivitatis tempore decessisset, adquisitum foret heredi (nämlich als ein Erwerb während der her. jac.) l. 12. §. 1.

ben, so nahm sein Vermögen rückwärts für die ganze Zeit seiner Gefangenschaft den Charakter einer hered. jac. an. Wenn man nun auch die Gültigkeit des während dieser Zeit von den Sklaven gemachten Erwerbes nicht durch die rückwirkende Kraft der Antretung der Erbschaft aufrecht erhalten wollte, sondern durch die Fiction der Persönlichkeit der her. jac., so würde hier doch immer die Fiction nicht im Augenblick des Erwerbes angewandt werden können, und damit ist ja bewiesen, daß bei der her. jac. überhaupt die Gültigkeit des Sklavenerwerbes auch durch eine rückwirkende Fiction vermittelt werden kann. Dasselbe läßt sich auch an dem Fall erweisen, wenn ein filiusfamilias miles mit Hinterlassung eines Testaments gestorben war. Wenn der eingesetzte Erbe ausschlug, so behielt der Vater den Nachlaß, aber nicht jure hereditatis, sondern jure peculii [1]). Vor der Erklärung des eingesetzten Erben ließ sich also gar nicht bestimmen, ob der Nachlaß als hereditas oder als peculium anzusehen war; erst mit der Antretung ward der Nachlaß eine hereditas [2]).

---

ibid. . . . item si servus ab extero heres institutus fuerit, jussu heredis captivi adire poterit.

1) L. 9. de castr. pec. (49. 17.) . . . cum heres non adiit hereditatem, retro peculium patris bonis accessisse. L. 2. ib. . . . bona ejus non quasi hereditas, sed quasi peculium patri deferuntur. l. 1. §. 22. de coll. bon. (37. 6.)

2) L. 18. pr. ad leg. Falc. (35. 2.) . . . fieri hereditatem aditione ejus. l. 18. pr. de stip. serv. (45. 3.) . . . quoniam partem non facit hereditas ejus, quae nondum est. Non enim si quis heredem existere filiofamilias dixerit, statim et hereditatem ejus jam esse consequens erit, cum beneficium principalium constitutionum in eo locum habet, ut filiusfamilias de peculio testari possit, quod privilegium cessat, priusquam testamentum aditione fuerit confirmatum. Eine wunderliche Darstellung dieses Verhältnisses findet sich bei Glück Erl. der Pandecten B. 34. S. 109 u. f. Anstatt während der Deliberation des Erben alles in suspenso zu lassen und später durch consequente Anwendung der rückwirkenden Fictionen zu dem Resultat zu gelangen, daß die hered. entweder gar nicht oder bereits von Anfang an existirt hat, will er hier schon vorher eine selbsterfundene Fiction anwenden, nämlich ein peculium

Wenn nun der Erbe angetreten hatte, so verwandelte sich der Nachlaß rückwärts in eine hered. jac., und alle Erwerbungen der erbschaftlichen Sklaven wurden rückwärts aufrecht erhalten [1]. Zur Zeit des Erwerbes selbst ließ sich gar nicht bestimmen, wer Herr der Sklaven war — der Vater des Verstorbenen oder die des letztern Person repräsentirende hereditas.

Es ist also durch das bisherige bewiesen, daß der Erwerb während der hered. jac. ebensogut durch eine rückwirkende Fiction aufrecht erhalten werden kann, wie durch die bereits im Augenblick des Erwerbes anwendbare Fiction der Persönlichkeit der her. jac. Der ganze Vortheil der letztern Fiction besteht darin, daß sie uns von der Suspension der Rechtsverhältnisse, auf die sie angewandt werden soll, befreit. Allein für den Erben ist dies kein Vortheil. Denn vor Antretung der Erbschaft kann es ihm einerlei sein, ob man die Gültigkeit der neu entstandnen Rechtsverhältnisse annimmt, läugnet oder ganz in suspenso läßt. Nur dann würde der Erbe dabei interessirt sein, daß die neu entstandenen Rechtsverhältnisse schon

castr. jacens fingiren, welches dasselbe Recht haben soll, wie die her. jac. eines Hausvaters. Dies Mittel meint er sei nöthig gewesen, weil sonst der Vater, der nach Ausschlagung der Erbschaft von Seiten des Eingesetzten den Nachlaß als Peculium an sich zog, die von den Sklaven inzwischen erworbenen Rechte nicht hätte in Anspruch nehmen können, da er ja während der Deliberationszeit nicht Eigenthümer gewesen sei!

1) L. 14. §. 1. de castr. pec. (49. 17.) quod autem ad scriptos heredes attinet, in suspenso fuisse traditio itemque stipulatio (servorum hereditariorum) intelligatur; ut enim hereditarius fuisse credatur, post aditam fit hereditatem.

L. 33. pr. de A. R. D. (41. 1.) In eo, quod servo castrensi ante aditam hereditatem filiifamilias legatur vel eo, quod stipulatur servus, tractatur apud Marcellum libro XX, ex cujus persona vel stipulatio vires habeat vel legatum et puto verius, quod et Scaevolae videtur, et ipse Marcellus tractat, siquidem adeatur hereditas, omnia ut in hereditario servo: si adita non sit, ut in proprio patris esse spectanda. Et si ususfructus fuerit huic servo relictus, modo patri videri relatum, modo heredi, nec a persona in personam creditur transisse.

zur Zeit ihrer Entstehung für gültig erklärt würden, wenn es ihm zu derselben Zeit auch schon möglich wäre, dieselben geltend zu machen. In dem Augenblick aber, wo diese Möglichkeit eintritt und damit der Erbe ein Interesse an der Gültigkeit jener Rechtsverhältnisse bekommt — mit dem Augenblick der Antretung der Erbschaft — ist dasselbe auch schon durch die rückwirkende Fiction befriedigt. Damit aber, daß wir für den Erben das Bedürfniß einer andern, als der rückwirkenden Fiction in Abrede gestellt haben, wollen wir gar nicht läugnen, daß es in einzelnen Fällen einen praktischen Unterschied gemacht haben würde, welche von beiden Fictionen man anwendete. Wir wollen den Fall nehmen, an dem auch Savigny das praktische Interesse der neueren Fiction zeigen will, wenn nämlich der Erbe keine testamenti factio besaß [1], und dadurch die Gültigkeit einer dem erbschaftlichen Sklaven im Testament eines Dritten gemachten Zuwendung in Frage gestellt war. Wendete man hier die rückwirkende Fiction an, so mußte man die Gültigkeit jener Einsetzung verneinen, denn der Sklave hatte im Augenblick der Testamentserrichtung einen unfähigen Herrn. War nun der Erblasser fähig, so ward vermittelst der anderen Fiction die Einsetzung aus seiner Person aufrecht erhalten. Hier wäre also die Anwendung der rückwirkenden Fiction dem Erben nachtheilig. Allein dieser Nachtheil compensirt sich dadurch, daß sie ihm im entgegengesetzten Fall, wenn nämlich dem Erblasser, nicht aber ihm die testamenti factio fehlte, vortheilhafter war. Denn unter dieser Voraussetzung würde die Einsetzung des Sklaven aus seiner Person für gültig, aus der des Erblassers für ungültig erklärt werden müssen.

Der Fälle aber, in denen die Wahl der einen oder anderen Fiction zu praktisch verschiedenen Resultaten führte, sind wenige. Savigny führt a. a. O. noch einen an, wenn nämlich ein Soldat einen Peregrinen zum Erben eingesetzt hatte.

---

1) Trotz dieses Mangels konnte er jure intestati Erbe werden.

War hier ein erbschaftlicher Sklav zum Erben eingesetzt, oder von ihm eine Stipulation mit der Formel spondes? spondeo geschlossen, so war beides gültig oder ungültig, je nachdem man die eine oder andere Fiction anwandte. So viel läßt sich nun jedenfalls behaupten, daß die neuere Fiction dem Erben im Allgemeinen nicht vortheilhafter war, als die ältere, allein es läßt sich sogar beweisen, daß sie ihm im Allgemeinen schädlicher war. Denn in den meisten Fällen war der Vortheil, den sie ihm brachte, nur ein scheinbarer. Bleiben wir bei dem Beispiel stehen, daß ein erbschaftlicher Sklave von einem Dritten zum Erben eingesetzt war. Wir wollen jetzt den Fall, wenn die test. fact. dem Erblasser fehlte, mit dem vergleichen, wenn der Erbe sie nicht besaß. Handelt es sich blos um die Gültigkeit der Einsetzung der Sklaven, so ist das Verhältniß beider Fictionen in beiden Fällen ein gleiches. Bei eigner Unfähigkeit gewinnt der Erbe durch die neuere, verliert durch die ältere Fiction; bei eigner Fähigkeit und der Unfähigkeit des Erblassers hat jede derselben gerade den entgegengesetzten Erfolg für ihn. Allein nun wollen wir den Fall nehmen, daß dem erbschaftlichen Sklaven die fremde Erbschaft bereits während der her. jac. deferirt war. Hier wird das Verhältniß beider Fictionen ein ungleiches. Denn die ältere würde dem Erben bei eigner Fähigkeit und der Unfähigkeit seines Erblassers nützen, die neuere schaden, im umgekehrten Falle hingegen die ältere schaden, die neuere nichts nützen. Denn wenngleich im letztern Falle die Delation der fremden Erbschaft während der her. jac. aufrecht erhalten wird, so ist doch dieser Vortheil nur ein scheinbarer, weil der Erbe wegen eigner Unfähigkeit nicht antreten kann. Die Fähigkeit des Erblassers bringt ihm also keinen Vortheil. Hingegen schadet ihm die Unfähigkeit desselben [1]). Denn wenn ihretwegen einmal die Delation der fremden Erbschaft für nichtig erklärt ist, so kann dem Erben später die eigne Fähigkeit nichts mehr

1) Arg. l. 52. de her. inst. (28. 5.)

nützen. Das Resultat ist also, daß es für den Erben nicht so vortheilhaft war, wenn man die Erwerbungen der erbschaftlichen Sklaven aus der Person des Erblassers, als wenn man sie aus der seinigen beurtheilte. Denn that man jenes, so ward im günstigsten Falle zwar der Anfall eines Rechts aufrecht erhalten, aber die Erwerbung oder Ausübung desselben konnte noch an der eignen Unfähigkeit des Erben scheitern; hingegen im ungünstigsten Falle ward die Delation des Rechts definitiv verhindert und die eigne Fähigkeit des Erben kam dann gar nicht mehr zur Sprache.

Ich glaube im bisherigen vollständig den Beweis erbracht zu haben, daß man des Erben wegen die ältere Fiction nicht aufzugeben brauchte. Sein Interesse war vollständig durch sie gedeckt, und die neuere Fiction konnte seine Lage nicht blos um nichts verbessern, sondern eher verschlechtern. Wenn aber jene ältere Fiction vom einseitigen Standpunkte des Erbrechts aus allerdings als genügend erscheint, indem sie den Uebergang der Erbschaft ganz vollständig vermittelt, so zeigt sie sich dagegen vom Standpunkte des Vermögensrechts aus als unvollkommen. Letzteres postulirt die Fortdauer der Verpflichtungen des Erblassers, einerlei ob ein Erbe antritt oder nicht. Das Erbrecht soll für die Gläubiger kein exclusives Mittel zu ihrer Befriedigung sein, vielmehr muß die Dauer ihrer Forderungen von der Existenz eines Erben unabhängig sein. Sowohl der Erbschaft, als dritten Personen sind die Gläubiger dabei interessirt, daß man bereits während der her. jac. die Fortdauer ihrer Forderungen anerkenne, also mit andern Worten der her. jac. die Persönlichkeit ihres Schuldners beilege. Der Erbschaft gegenüber, weil sie, möge nun eine Antretung der Erbschaft gar nicht erfolgen oder sich ungebührlich verzögern, immissio in bona erhalten können, dies aber nur unter der Voraussetzung möglich ist, daß man die Fortdauer ihrer Rechte annimmt und mithin auch die des Schuldners. Ebenso macht es in ihrem Verhältnisse zu dritten Personen einen Unterschied, ob man

die eine oder andere Fiction annimmt, z. B. den Bürgen gegenüber. Die Gläubiger können auch während der her. jac. für ihre Forderung gegen den Verstorbenen einen Bürgen annehmen und denselben verklagen, das setzt aber wieder die Existenz ihrer Forderung, mithin auch des Schuldners voraus [1]).

Unser Resultat ist also, die Fiction des älteren Rechts reichte für den Erben aus; mangelhaft war sie, insofern man mittelst derselben nicht schon vor Antretung der Erbschaft die Fortdauer der rechtlichen Verhältnisse, die im Interesse dritter Personen angenommen war, technisch begründen konnte. Bevor wir uns aber der neuen Form zuwenden, durch welche das spätere Recht jene Unvollkommenheit beseitigte, der fingirten Persönlichkeit der her. jac., müssen wir von dem jetzt gewonnenen Standpunkte aus noch einmal auf die ältere Fiction zurückkommen.

Das Bedürfniß derselben ist, sowie das der neueren, nur ein formales; beide sollen die angenommene Fortdauer der rechtlichen Verhältnisse nach dem Tode des Erblassers durch ein untergeschobenes Rechtssubject von dem Widerspruche, der sonst darin liegen würde, befreien. Allein alle beide haben die Schranken dieses ursprünglichen Bedürfnisses zu durchbrechen, sich einen gestaltenden, materiellen Einfluß zu verschaffen gesucht. Für die ältere Fiction soll diese Behauptung jetzt weiter ausgeführt werden.

Das ältere Recht fingirt also, der Erbe sei im Augenblick des Todes des Erblassers bereits Erbe gewesen. Eine rein formale Bedeutung behält diese Fiction, sobald man sie blos dazu anwendet, die Fortdauer der Rechtsverhältnisse des Erblassers sowie die Gültigkeit der neu entstandenen zu rechtfertigen. So weit reicht das Bedürfniß unserer Fiction, allein, wenn man jenen Gesichtspunkt, daß der Erbe schon von jener Zeit an Erbe gewesen sei, consequent durchführte, so würde

1) Zu einem solchen Zwecke wird die Fiction auch in unsern Quellen angewandt, z. B. in der l. 22. de fidej. (46. 1.)

sie damit eine weit über jenes Bedürfniß hinausgehende, in praktischer Hinsicht höchst unbequeme Wirksamkeit erhalten. Sehr viele Handlungen des Erben würden dadurch einen ganz andern Charakter und ganz andere Wirkungen bekommen, als sie ursprünglich bezweckten oder sonst haben würden. Man nehme z. B. den Fall, daß der Erbe eine Sache des Erblassers, die er irrthümlich für die seinige hielt, während der her. jac. verkaufte. Wenden wir jene Fiction consequent an, so müssen wir sagen: der Erbe war vermöge derselben bereits im Augenblicke des Verkaufs Eigenthümer, mithin ist auch schon in diesem Augenblick das Eigenthum auf den Käufer übergegangen. Ein anderes Beispiel: Der Erbe cedirt während der her. jac. eine Forderung, die er gegen den Erblasser hatte. Vermöge der rückwirkenden Fiction würde hier die Cession ungültig sein, denn bei der Vornahme derselben war bereits die Forderung des Erben durch Confusion untergegangen. Oder es hat Jemand die negotia der her. jac. gerirt und ein Pupill ist Erbe geworden. Hier würde wieder der neg. gestor nur bis auf die Bereicherung klagen können, denn er gerirte ja die negotia eines Pupillen sine tutoris auctoritate [1]).

Eine solche Anwendung unserer Fiction entspräche nun in der That der Natur rückwirkender Thatsachen, denn letztere haben bekanntlich eine alle früheren Handlungen oder Verhältnisse alterirende Kraft [2]), allein sie würde in der That

1) L. 37. pr. de neg. gest. (3. 5.)

2) Z. B. a) l. 98. §. 3. de solut. (46. 3.) Paul. Rem autem peculii castrensis solventem patrem perinde accipere debemus ac si alienam dedisset, quamvis possit residere apud eum, cui soluta est, prius mortuo intestato filio. Sed tunc acquisita creditur cum filius decesserit et utique cujus fuerit, eventus declaret, sitque et hoc ex his, quae post factis in praeteritum quid fuerit, declarent.

L. 9. de castr. pec. (49. 17.), l. 44. pr. de leg. I. (30.), l. 33. pr. §. 4. de A. R. D. (41. 1.). Einige Juristen, wie z. B. Maecianus in l. 48. §. 1. u. f. de castr. pec., Papinianus in l. 14. §. 1. ibid., Tryphoninus in l. 19. §. 5. ib. nahmen jedoch in diesem Falle Anstand, die Fiction consequent durchzuführen.

höchst unbequem und, da sie durch kein Bedürfniß geboten ist, auch zu vermeiden sein. Haben nun die römischen Juristen unserer Fiction diese gefährliche Anwendbarkeit eingeräumt oder sie blos auf das Bedürfniß, also auf ihre formale Wirksamkeit beschränkt? Diese Frage soll uns jetzt beschäftigen.

Aus dem geringen Material, das unsere Quellen uns für die Beantwortung dieser Frage darbieten, können wir so viel entnehmen, daß unsere Fiction in älterer Zeit allerdings von manchen Juristen in der angegebenen unbeschränkten Weise zur Anwendung gebracht ward, daß aber diese Benutzung derselben, die schon damals nicht ohne Widerspruch war, seit Aufstellung der neuern Fiction, d. h. seit Julian (S. u.) sich immer mehr verlor, und nur einige der früheren Anwendungsfälle übrig blieben, in denen einige spätere Juristen inconsequent genug waren die ältere Behandlungsweise im Widerspruch mit der neuern Fiction zu billigen [1]). Es begegnet uns nun jene Benutzung der älteren Fiction zuerst in der bereits oben S. 168 mitgetheilten l. 28. §. 4. de stipul. serv. (45. 3.). In dieser Stelle wirft Gajus die Frage auf, ob ein erbschaftlicher Sklave dem zukünftigen Erben stipuliren könne, und theilt uns mit, daß Cassius im Widerspruch mit Prokulus dieselbe bejaht habe, quia qui postea heres extiterit, videretur ex mortis tempore defuncto successisse. Daß nun Cassius dieser Ansicht war, kann nicht überraschen, denn womit ließ sich eine Behandlungsweise, die bei jeder rückwir-

b) L. 44. §. 1. de leg. I. (31.)

c) L. 8. de R. Cred. (12. 1.), l. 15. de reb. dub. (34. 5.) Marcianus: Quaedam sunt, in quibus res dubia est, sed ex postfacto retroducitur et apparet, quid actum est, ut ecce si res legata fuerit et deliberante legatario eam rem heres alii tradiderit; nam si quidem voluerit legatarius habere legatum, traditio nulla est: si vero repudiaverit, valet. Tantundem est et si pecuniam hereditariam legatam crediderit heres; nam si quidem non repudiaverit legatarius, alienam pecuniam credidit: si vero repudiaverit, suam pecuniam credidisse videtur.

1) S. unten No. V, 1.

fenden Fiction eintrat, bei der unsrigen ausschließen? Gajus aber beging eine große Gedankenlosigkeit, indem er in diesem Falle eine Behandlungsweise billigte, deren Unanwendbarkeit nicht blos durch die neuere Fiction in Thesi ausgesprochen war, sondern sich aus vielen ganz feststehenden Entscheidungen einzelner Fragen entnehmen ließ [1]. Auch Modestinus machte in der l. 35. ibid. denselben Fehler, während Papinian und Paulus in l. 16., l. 18. §. 2. ibid., l. 27. §. ult. de pact. (2. 14.) mit Recht die entgegengesetzte Ansicht vertheidigten. Ein anderes Beispiel, in dem Labeo und Javolen der Sache nach unsere Fiction auf die angegebene Weise anwenden, liefert die l. 20. §. 1. de cond. inst. (28. 7.). Labeo lib. II. Poster. a Javoleno epit.:

Si quis hereditarium servum jussus est manumittere et heres esse, quamvis, si manumiserit, nihil agat, tamen heres erit; verum est enim eum manumisisse. Sed post aditionem libertas servo data secundum voluntatem testatoris convalescit.

Diese Convalescenz einer zur Zeit der her. jac. vorgenommenen Disposition kann sich, wenn sie nicht ganz abnorm sein soll, nur auf unsere Fiction stützen. Der Erbe war vermöge derselben bei der Manumission bereits Eigenthümer des Sklaven, mithin letztere wirksam. Mit dieser Entscheidung des Labeo wollen wir beispielsweise die l. 25. de solut. (46. 3.) vergleichen, in der ein späterer Jurist, Pomponius, einen ähnlichen Fall behandelt, nämlich folgenden. Es hatte Jemand, der auf einen Theil zum Erben eingesetzt war und zu diesem Theile die Erbschaft angetreten hatte, eine erbschaftliche Schuld zu ihrem vollen Betrage bezahlt, später accrescirte ihm die ganze Erbschaft. Es frägt sich jetzt, ob er den Theil der Schuld, der seine Miterben würde getroffen haben, den er also zur Zeit der Zahlung nicht schuldete, als indebitum condiciren kann. Labeo würde dies haben bejahen müssen. Denn

---

1) S. darüber unten das Nähere.

nachdem die ganze Erbschaft dem Erben accrescirt ist, tritt ja die Fiction ein, daß er schon im Augenblick des Todes des Erblassers, mithin auch im Augenblick der Zahlung Universalerbe gewesen sei. Weil er also damals bereits Schuldner des Ganzen war, so ist mithin auch die Zahlung zu ihrem ganzen Betrage gleich von Anfang an gültig gewesen, die condictio indebiti ipso jure unzulässig. So werden Cassius und Labeo haben entscheiden müssen. Pomponius aber antwortet auf die obige Frage: Sed si antequam condicat, ei accreverit reliqua pars hereditatis, etiam pro ea parte erit obligatus: et ideo condicenti indebitum d o l i m a l i e x c e p t i o n e m o b s t a r e e x i s t i m o. Aus den letzten Worten geht hervor, daß Pomponius unserer Fiction keine materiell rückwirkende Kraft zugestand. Denn indem er dem Schuldner gegen die Condiction des ursprünglich indebite gezahlten Theils nur durch die doli exceptio hilft, so sagt er damit implicite: Die Zahlung dieses Theils fällt auch jetzt noch, nachdem der Erbe der alleinige Erbe geworden ist, unter den Gesichtspunkt eines indebitum, der Charakter derselben wird durch die rückwirkende Fiction nicht alterirt, mithin steht dem Erben die condictio ipso jure zu. Diese Klage wird aber in ihrem Erfolge dadurch gehemmt, daß zur Zeit ihrer Anstellung der Kläger bereits Schuldner des Ganzen geworden ist. Da er nun, wenn er auch mit seiner Klage durchdringen würde, dennoch das Erhaltene gleich würde restituiren müssen, so kann ihm aus diesem Grunde die doli exceptio entgegengesetzt werden [1]).

Das dritte und letzte Beispiel jener Anwendung unserer Fiction, das ich habe auffinden können, enthält die l. 36. de solut. (46. 3.). Julianus lib. I. ad Ursejum Ferocem:

Si pater meus praegnante uxore relicta decesserit et ex causa hereditaria totum hoc, quod patri meo debitum fuis-

1) L. 173. §. 3. de R. J. (50. 17.) Dolo facit, qui petit, quod redditurus est.

set, petissem: nihil me consumsisse quidam existimant; si nemo natus sit, recte me egisse, quia in rerum natura verum fuisset, me solum heredem fuisse. Julianus notat: verius est, me eam partem perdidisse, pro qua heres fuissem, antequam certum fuisset neminem nasci, aut quartam partem, quia tres nasci potuerunt, aut sextam, quia quinque u. s. w. [1]).

Wenn man unserer Fiction keine rückwirkende Kraft zugestand, so mußte man mit Julian sagen: zur Zeit der Anstellung der Klage war der Kläger nur zu einem Theile Erbe, er hat mithin die erbschaftliche Forderung auch nur zu dem entsprechenden Theile consumiren können, und wenn er später auch zum Ganzen Erbe und Gläubiger wird, so wird doch dadurch der Charakter einer der Vergangenheit angehörenden Handlung nicht rückwärts alterirt. Diejenigen Juristen, welche mit Ursejus Ferox auf den Fall, daß kein Kind geboren war, die Consumtion der ganzen Klage annahmen, handelten hingegen ganz im Geist der oben besprochenen Entscheidungen des Labeo und Cassius.

Die bisherige Erörterung hat gezeigt, daß die älteren römischen Juristen in einigen Fällen unserer Fiction eine materiell rückwirkende Kraft beilegten, sowie daß die späteren Juristen in denselben oder ähnlichen Fällen es nicht thaten. Für letztere Behauptung haben wir bisher blos einige Belege angeführt, unsere Quellen bieten uns deren aber weit mehr dar. Da jedoch diese Verschiedenheit der späteren Juristen ihren Grund in der Fiction des neueren Rechts hat, so kann auch die ausführlichere Darstellung derselben erst auf die der letzteren folgen. Hier beschränken wir uns auf die früheren Juristen. Daß nun dieselben über jene materielle Anwendung unserer Fiction ebenso allgemein einverstanden gewesen wären, wie die späteren Juristen über die Unzulässigkeit derselben,

---

1) Diese Stelle ist zuletzt von Mühlenbruch in seiner Fortsetzung der Glück'schen Pandecten B. 42. S. 320 u. f. näher erörtert.

oder daß auch nur diejenigen, welche sie in einem Falle zuließen, sie auch consequent in allen andern würden gebilligt haben, läßt sich nicht behaupten. Ich will nicht einmal auf die in der oben angeführten l. 28. §. 4. de stip. serv. (45. 3.) referirte Meinungsverschiedenheit des Prokulus ein besonderes Gewicht legen, obgleich doch Prokulus, der so gut wie Labeo unsere Fiction kennen mußte, trotzdem sagt: heres eo tempore (sc. hereditatis jacentis) extraneus est. Einen weit wichtigeren Beleg dazu, daß man jene Fiction nicht consequent in der angegebenen Weise durchführte, liefert uns die l. 64. de furtis (47. 2.) Neratius:

> A Titio herede homo Sejo legatus ante aditam hereditatem Titio furtum fecit: si adita hereditate Sejus legatum ad se pertinere voluerit, furti ejus servi nomine aget cum eo Titius, quia neque tunc, cum faceret furtum, ejus fuit; et ut maxime quis existimet, si servus esse coeperit ejus, cui furtum fecerat, tolli furti actionem, ut nec, si alienatus sit, agi possit eo nomine: ne post aditam quidem hereditatem Titii factus est, quia ea, quae leguntur, recta via ab eo, qui legavit, ad eum, cui legata sunt, transeunt.

Wichtig ist uns in dieser Stelle nicht sowohl die Entscheidung des Neratius, als der Grund, den er am Ende derselben offenbar als einen ganz zweifellosen, allgemein anerkannten anführt [1]). Derselbe steht nämlich im offenbarsten Widerspruch mit unserer Fiction. Denn wenn man mit Sabinus in der l. 28. §. 4. cit. de stip. serv. (45. 3.) dem Erben rückwärts das Eigenthum der erbschaftlichen Sachen beilegt, der Legatar aber ferner erst mit Antretung der Erbschaft Eigenthümer wird, nie aber rückwärts während der her. jac., so hat ja der Erbe während letzterer Zeit auch an den legirten Sachen das Eigenthum gehabt, mithin enthielt jene Regel: ea, quae

1) Die Prokulejaner hielten bei einer unter einer Bedingung vermachten Sache den Erben nicht einmal nach Antretung der Erbschaft für den Eigenthümer, Gaj. II. §. 200., geschweige denn vorher.

legantur, recta via a testatore ad legatarium transeunt, eine Inconsequenz, oder vielmehr neben einer solchen feststehenden Regel durfte man, ohne sich zu widersprechen, unserer Fiction keine materielle Wirksamkeit zugestehen. Bei diesem unläugbaren Widerspruch thun wir der älteren Jurisprudenz wohl kein Unrecht, wenn wir ihr eine klare und entschiedene Ansicht über den Gebrauch unserer Fiction absprechen. Daß letztere es nur bei sporadischen Versuchen, die Schranken ihrer eigentlichen formalen Anwendbarkeit zu durchbrechen, bewenden ließ, daß sie sich bei der her. jac. nicht, wie dem Vermögen eines Gefangenen, in jener höchst unbequemen alterirenden Wirksamkeit praktisch festsetzte, wirkte insofern sehr ersprieslich, als dadurch die neuere Fiction ohne sonderliche Aenderung des geltenden Rechts, also weit leichter Eingang finden, und damit zugleich die her. jac. einen Mechanismus erhalten konnte, wie er dem Vermögen eines Gefangenen eben aus jenem Grunde nie zu Theil geworden ist [1]).

Wir verlassen jetzt diese Fiction und werden nur noch einmal auf sie zurückkommen, um zu zeigen, daß sie zwar im neuern Recht ebenso wie die Lehre von der Herrenlosigkeit erbschaftlicher Sachen sich als ein theoretisches Erbstück durch die Macht des Traditionellen nominell erhalten hat, in der That aber ihrer formalen wie materialen Wirksamkeit nach völlig durch die Fiction des neueren Rechts verdrängt ist. Indem wir uns nun letzterer zuwenden, wollen wir noch einen Rückblick auf die bisherige Untersuchung werfen. Unser Hauptresultat ist folgendes. Die technische Behandlung der her. jac. von Seiten der älteren Jurisprudenz war eine unvollkommne, insofern letztere, wenn sie consequent sein wollte, die Fortdauer aller Rechtsverhältnisse des Erblassers und die

---

1) Wie lähmend bei letzterem die rückwirkende Fiction und der Mangel eines juristischen Mittelpunkts während der Gefangenschaft wirken mußte, sobald man nur consequent verfahren wollte, bedarf kaum der Bemerkung. Ein sprechendes Beispiel jener höchst unbequemen Consequenz bietet die l. 5. pr. Ut. legat. (36. 3.)

Gültigkeit der während der her. jac. neu entstandenen vom Antritt des Erben abhängig machen mußte. Dieser Consequenz stand von Seiten des Erben nichts entgegen, wohl aber von Seiten dritter bei der Erbschaft rechtlich betheiligter Personen.

Die Annahme eines Unterganges der Rechtsverhältnisse während der her. jac., die stillschweigend schon in jener Behandlungsweise lag, ausdrücklich aber nach einer Seite hin in der Lehre von der Herrenlosigkeit der erbschaftlichen Sachen ausgesprochen ward, war ohne praktische Realität und enthielt mithin für die Theorie das Geständniß, daß sie für die her. jac. keinen das praktische Recht deckenden Mechanismus besitze; sie enthielt damit die Aufforderung, einen passenderen an die Stelle zu setzen. Während nun die Fiction des älteren Rechts ihre eigentliche Bestimmung nach einer Seite hin nicht erfüllte, suchte sie sich nach einer andern hin sogar über dieselbe auszudehnen und aus einer das geltende Recht technisch *erklärenden* eine dasselbe *modificirende* zu werden. Sie erreichte jedoch den einen Zweck so wenig wie den andern und ward in beiden Beziehungen durch *die* Fiction verdrängt, welcher wir uns jetzt zuwenden.

IV.

Die hereditas jacens als Repräsentantin des Erblassers.

Historische Entwicklung.

Die am Ende des vorigen Abschnittes bezeichnete Aufgabe, für die her. jac. einen das praktische Recht deckenden Mechanismus zu erfinden, ward von der Theorie im zweiten Jahrhundert der Monarchie gelöst, nämlich durch Aufstellung der schon oft erwähnten Fiction, vermöge welcher die her. jac. den Erblasser repräsentirt. Wir wollen zunächst die Stellen angeben, in denen unsere Quellen diese Fiction erwähnen. Es sind dies folgende:

a) in den Institutionen

§. 2. de her. inst. (2. 14.) . . personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti.

pr. de stipul. serv. (3. 18.) . . . personae defuncti vicem sustinet.

b) in den Pandecten

1) Pomponius,

L. 15. pr. de interr. (11. 1.) . . domini loco habetur.

L. 24. de novat. (46. 2.).

In dieser Stelle heißt es nach der Florentina: stipulatio transit ad heredem, cujus personam hereditas sustinet. Die Vulgata aber hat hier statt ad heredem, cujus: ad heredem ejus (oder illius), cujus, und gewöhnlich wird die Lesart der Florentina schlechthin verworfen [1]. Allein wenn man sich an die rückwirkende Fiction erinnert, so verschwindet das Anstößige jener Lesart, und es wird wahrscheinlich, daß die der Vulgata auf einer durch Mißverständniß veranlaßten Emendation beruht [2]. Es ist jedoch ohne Einfluß, welche von beiden Lesearten man vorzieht; vertheidigen lassen sich beide.

2) Gajus,

L. 31. §. 1. de her. inst. (28. 5.) . . creditum est hereditatem dominam esse et defuncti locum obtinere.

---

1) Z. B. von Savigny, System des heut. röm. Rechts B. 2. S. 366. Not. e „wegen ihres augenscheinlichen und unauflöslichen Widerspruchs mit den andern Stellen.“

2) Aehnlich beseitigt diese Stelle auch Vinnius im Comm. ad Inst. zu §. 2. de her. inst. (2. 14.); A. Faber Jurisp. Pap. Scient. tit. II. pr. V. ill. III. meint dagegen: illa dictio: „cujus“ non ad heredem referenda est, sed ad promissorem ac si scriptum esset „ad heredem promissoris, cujus“ aut potius „ad heredem ejus, cujus.“ Illud enim pronomen antecedens „ejus“ plerumque et facile subintelligitur et in suo relativo tacite continetur! Auch Andere, z. B. Accursius und Gipbanius wollten sich so helfen.

3) Ulpian,

L. 34. de A. R. D. (41. 1.) . . Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet: l. 13. §. 5. quod vi aut clam (43. 24.) dominae locum obtinet. L. 1. §. 1. si is, qui testam. (47. 4.) . . hereditati furtum fecit, hoc est dominae.

4) Paulus,

L. 15. pr. de usurp. (41. 3.) hereditatem in quibusdam vice personae fungi receptum est.

5) Florentinus,

L. 116. §. 3. de leg. I. (30.) hereditas personae defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur. L. 22. de fidej. (46. 1.) Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fidejussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur sicuti municipium et decuria et societas.

6) Hermogenianus,

L. 61. pr. de A. R. D. (41. 1.) . . pro domino habetur;

c) im Codex,

Diocletian in l. 9. Depos. (4. 34.): Cum hereditas personam domini sustineat.

In einigen der angeführten Stellen spricht unsere Fiction blos die abstracte Personificirung der her. jac. aus (domini loco habetur, vice personae fungitur u. s. w.); in andern aber wird sie bestimmter dahin ausgedrückt, daß die her. jac. die Persönlichkeit des Erblassers repräsentire. Man hat wohl auf Grund dieser verschiedenen Fassung zwei verschiedene Fictionen annehmen wollen, so z. B. Giphanius [1]), der auf diese Unterscheidung nicht wenig Gewicht legt. Die erste Fiction, meint er, bestimme, an possit acquirere hereditas, die zweite, an valeat, quod acquirit, sive ex cujus persona id vires capiat, ubi de capacitate agitur vel defuncti vel here-

1) Lect. Altorf. p. 356. (zu l. 34. de A. R. D.)

dis. Dieser Unterscheidung liegt der Gedanke zu Grunde, daß eigentlich jene abstracte Fiction die wesentliche sei, und man der zweiten hätte entbehren können; daß es wenigstens aus innerlichen Gründen nicht nothwendig gewesen sei, der her. jac. gerade die Persönlichkeit des Erblassers zu überweisen, und daß, wenn man es gethan habe, es nur aus Gründen der Zweckmäßigkeit geschehen sei [1]. Ja Hotman [2]) hat sogar die Behauptung aufgestellt, daß es unter den römischen Juristen selbst streitig gewesen sei, ob man die her. als Repräsentantin des Erblassers oder des zukünftigen Erben habe auffassen sollen, und will noch Spuren dieser Controverse in l. 55. §. 1. de leg. II. (31.) und l. 34. de A.R.D. (41.1.) entdecken. Beide Stellen heben aber blos hervor, daß die hereditas nicht die Person des Erben repräsentire. Daraus folgt doch wirklich nicht, daß letzteres von irgend Jemandem geläugnet sei, und selbst wenn man darin das Bekenntniß erblicken wollte, daß Zweifel denkbar wären, so erklärt sich eine solche Warnung gegen einen möglichen Irrthum ganz natürlich durch Verweisung auf die Fiction des älteren Rechts. Vermöge letzterer ward ja der Zeitraum während der her. jac. rückwärts durch die Persönlichkeit des Erben beherrscht, mithin lag es sehr nahe hervorzuheben, daß bei unserer geradezu entgegengesetzten Fiction die Persönlichkeit des Erben diese ihre Function verloren habe.

Die oben mitgetheilte Ansicht, welche von der Möglichkeit einer Wahl zwischen der Persönlichkeit des Erblassers und des Erben ausgeht, ist aber durchaus verwerflich, indem sie

---

1) Auf demselben Standpunkt steht die Glosse. S. z. B. ihre Bemerkung zu §. 2. I. de her. inst. (2. 14.) ad voc. defuncti: et est forte ratio, quia defunctus est certus, quis fuerit, non sic de herede u. s. w. Ebenso Donellus Comm. jur. civil. lib. VI. c. 2. No. 6. . . . Facilius fingitur, qui mortuus est, superstes ac dominus, quam qui numquam dominus fuit; est enim continuatio magis secundum naturam, quam de novo acquisitio; und Ant. Faber Conject. XIV. 20.

2) Observ. III. obs. 19.

das Charakteristische des Erbrechts, den Uebergang der Persönlichkeit des Erblassers und folgeweise die Fortdauer derselben in der hereditas verkennt. Ebensosehr ist es auch jene Sonderung zweier Fictionen, wie dies namentlich aus der l. 31. §. 1. de her. inst. (28. 5.) hervorgeht, worin jene beiden Ausdrucksformen neben einander gebraucht werden, um durch die eine die andere näher zu bestimmen [1]).

In den meisten der angeführten Stellen wird unsere Fiction dazu benutzt, um die Gültigkeit der von den erbschaftlichen Sklaven gemachten Erwerbungen zu rechtfertigen, was aber gar nichts Auffallendes hat, da ja der Haupterwerb der hereditas gerade in dem der Sklaven bestand, sie gewissermaßen nur nach dieser Seite hin einer Thätigkeit fähig war. Dagegen wird in drei andern Stellen [2]) die Fiction auch zu andern Zwecken benutzt, nämlich in der l. 13. §. 5. quod vi aut clam (43. 24.) von Ulpian, um die Behauptung zu rechtfertigen, daß das interdictum quod vi aut clam dem Erben auch wegen eines während der her. jac. verübten Schadens zustehe; dann in l. 22. de fidej. (46. 1.) von Florentinus dazu, daß nach dem Tode des Schuldners und vor Antretung seiner Erbschaft sich Jemand für die Schuld verbürgen könne, indem letztere ja in der hered. fortbestehe; und endlich in l. 24. de novat. (46. 2.) von Pomponius, dazu, daß, wenn die Bedingung, unter welcher der Erblasser eine fremde Schuld übernommen habe, während der her. jac. in Erfüllung gehe, die Novation eintrete, ungeachtet physisch kein Schuldner existire. Es dauern also alle Rechtsverhältnisse, die auf den Erben übergehn, vermittelst jener Fiction in der hereditas fort, und ebenso können aus demselben Grunde neue entstehen,

---

1) S. Savigny, System des heut. röm. Rechts B. 2. S. 365, 366.

2) Indirect war Julian auch in der l. 11. de fidej. (46. 1.): Qui contra Senatusconsultum filio familias crediderit, mortuo eo fidejussorem a patre accipere non potest, quia neque civilem neque honorariam adversus patrem actionem habet, nec est ulla hereditas, cujus nomine fidejussores obligari possent.

nur mit der sich von selbst verstehenden Beschränkung[1]), daß alle Rechtsverhältnisse, deren Entstehung oder Fortdauer die Existenz eines Willens voraussetzen, für die her. wegfallen.

Ueber die Wirksamkeit unserer Fiction ist man im ganzen soweit einverstanden, daß dieselbe nicht darin bestehe, die hereditas den physischen oder auch juristischen Personen durchweg gleichzusetzen, indem letztere z. B. nicht besitzen und auch keinen Ususfructus erwerben könne[2]). Einige[3]) haben aus dieser ihrer Verschiedenheit auch die Rechtsregel: rei hereditariae furtum non fit, erklären wollen, allein mit Unrecht. Denn diese Regel blieb auch noch nach Antretung der Erbschaft, bis sich der Erbe in Besitz gesetzt hatte, anwendbar, mithin zu einer Zeit, wo statt jener unvollkommenen Person bereits der Erbe das Rechtssubject der Masse geworden war.

Die hereditas ist aber insbesondere aller Erwerbungen unfähig, die eine Willenserklärung erfordern, z. B. des Erwerbs der einem erbschaftlichen Sklaven deferirten Erbschaft, während die Delation, weil sie keinen Willensact voraussetzt, gültig ist[4]). Man hat wohl die einzelnen Beispiele, welche

1) L. 15. pr. de usuc. (41. 3.) „in quibusdam“ pr. I. de stip. serv. (3. 18.) „in plerisque“ l. 61. pr. de A. R. D. (41. 1.) . . „in multis partibus juris.“

2) L. 1. §. 15. Si is, qui test. (47. 4.): hereditas possessionem non habet, quae facti est et animi u. s. w. l. 61. de A. R. D. (41. 1.) . . . In his sane, in quibus factum personae operaeve substantia desideratur, nihil hereditati quaeri per servum potest — Ususfructus, qui sine persona constitui non potest, hereditati per servum non acquiritur. L. 26. de stipul. serv. (45. 3.) (Vat. Frag. §. 55.) l. 18. quib. m. ususf. am. (7. 4.)

3) Wie z. B. schon die Glosse zu pr. I. de stip. serv. (3. 18.) ad voc. „plerisque.“ Ebenso Giphanius Lect. Alt. p. 587. „Et hinc quoque, quod hereditati non fit furtum, quia furtum non fit, nisi sit, cui fiat i. e. furtum requirit certam personam, quia fit invito domino, ubi voluntas et animus requiritur.“

4) L. 31. §. 1. de hered. inst. (28. 5.) l. 61. pr. de A. R. D. (41. 1.) . . ac propterea quamvis servus hereditarius heres institui possit,

sich in unseren Quellen von den Erwerbungen während der her. jac. finden, zusammengestellt [1]); ich erwähne davon nur die Stipulationen [2]), Pekulienerwerbungen [3]) der Sklaven und die ihnen ausgesetzten Vermächtnisse [4]) Ein langes Register dieser Erwerbungen kann man ohne Nachtheil entbehren; weit wesentlicher ist es statt dessen den Charakter der her. jac. zu bestimmen. Ueber letzteren sind aber die Ansichten getheilt. Die meisten setzen die her. jac. in die Reihe der juristischen Personen [5]), namentlich wegen l. 22. de fidej. (46. 1.) . . hereditas personae vice fungitur, siculi municipium et decuria et societas, Savigny aber, welcher unserer Fiction eine ganz beschränkte Bestimmung beilegt [6]), hat sich entschieden dagegen erklärt und will die angeführte Stelle dadurch aus dem Wege räumen, daß er die in ihr hervorgehobene Gleichheit der her. mit den juristischen Personen darein setzt, daß bei beiden eine Fiction angewendet werde. Mit Recht hat freilich Puchta in den kritischen Jahrbüchern a. a. O. dagegen bemerkt, daß die hered. jac. in jener Stelle nicht blos mit den juristischen Personen verglichen, sondern als solche bezeichnet würde, und daß, wenn gleich die Persönlichkeit der her. nur zu einem beschränkten Zweck angenommen werde, auch andere juristische Personen nur für gewisse Zwecke existir-

---

tamen, quia adire jubentis domini persona desideratur, heres exspectandus est.

1) Namentlich Majansius in der am Anfang dieser Abhandlung citirten Dissertation. Auch Mühlenbruch widmet diesem Punkte in seinem Lehrbuch des Pandectenrechts einen eignen Paragraphen (§. 615.).

2) Pr. I. de stip. serv. (3. 18.)

3) L. 16. de O. et A. (44. 7.)

4) L. 55. §. 1. de leg. II. (31.)

5) Z. B. Mühlenbruch, Lehrb. des Pandectenrechts B. 1. §. 196. Not. 4. Göschen, Vorlesungen B. 1. §. 62. Puchta, Pandecten 2. Aufl. §. 446. und in den kritischen Jahrb. von Richter und Schneider B. 8. S. 712. u. a.

6) System des heut. röm. Rechts B. 2. S. 363 u. 372. S. oben No. III.

ten. Auf der andern Seite aber spricht für Savigny's Ansicht, daß es den römischen Juristen nicht eingefallen ist, die Consequenzen der entgegengesetzten Auffassung zu ziehen, z. B. zu gestatten, daß der her. jac. selbst, d. h. nicht mittelbar durch ihre Sklaven im Testament Dritter Erbschaften oder Legate zugewendet würden; ferner, daß eine her. jac. nicht einmal durch ihre Sklaven einen Ususfructus erwerben konnte, und daß der Grund dieser Unfähigkeit in der l. 61. §. 1. de A. R. D. (41. 1.) implicite darauf geschoben wird, daß die hered. keine „persona" sei. Daß unter dem letzten Ausdruck blos eine physische Person zu verstehen sei, wird Niemand behaupten, denn auch eine juristische Person ist bekanntlich des Ususfructus fähig. In dieser Stelle wird also die her. jac. ebenso bestimmt von den juristischen Personen geschieden, wie sie in der angeführten l. 22. de fidej. (46. 1.) mit ihnen zusammengestellt wird.

Noch verschiedener sind die Ansichten über den Zweck unserer Fiction. Nach Einigen [1]) soll sie erfunden sein, um die Occupation erbschaftlicher Sachen zu verhindern, die ja der Strenge nach res nullius seien, nach Andern [2]), um die streng civilen Erwerbungen erbschaftlicher Sklaven aufrecht zu erhalten. Ein Anderer [3]) dehnt dies auf sämmtliche während der hereditas jacens entstehende und sie, wenn auch nur mittelbar betreffende Rechtsgeschäfte aus. Diesem Zwecke pflegen Andere wieder den beizufügen, um die Fortdauer der Rechtsverhältnisse des Erblassers zu vermitteln [4]), oder auch wohl letztern allein als eigentlichen Zweck zu bezeichnen [5]). Der letztern

---

1) Ant. Faber. Jurisp. Papin. Scient. lib. II. pr. 5. ill. 3. Ration. ad Pand. lib. I. tit. 8. Vinnius Comm. in Inst. lib. II. tit. 1. §. 7. Glück, Erl. der Pand. B. 2. §. 169 a. Anf.

2) Matthiä in dem S. 149 angeführt. Progr. und Savigny a. a. O.

3) Cocceji Jus controv. lib. V. tit. 3. qu. 1.

4) Z. B. Donellus Comm. jur. civil. lib. VI. c. II. No. 6. Finestres Hermogenianus p. 927. (zu l. 61. de A. R. D.).

5) Z. B. de Retes in Meermann thes. Vol. VI. p. 262: Si posset

Meinung kommt endlich die am nächsten, welche in unserer Fiction nur den Ausdruck des Wesens der hereditas erblickt als der freigewordenen und auf den Erben übergehenden juristischen Persönlichkeit des Erblassers [1]), mithin unserer Fiction gar keinen Zweck unterlegt.

Nachdem ich jetzt die Ansichten Anderer im Allgemeinen vorgeführt habe und die genauere Prüfung einiger derselben der folgenden Darstellung vorbehalte, wende ich mich zur Mittheilung und zum Beweise meiner eignen. Das Mangelhafte der bisherigen Untersuchungen besteht hauptsächlich darin, daß sie zu sehr dogmatischer Natur waren und die Geschichte unserer Fiction, namentlich ihr historisches Verhältniß zu der oben bereits besprochenen Behandlungsweise des älteren Rechts außer Acht ließen. Wir wollen diesen Fehler vermeiden und uns zunächst der historischen Seite unserer Aufgabe zuwenden.

Zur Zeit der klassischen Jurisprudenz war nun unsere Fiction etwas so feststehendes und allgemein bekanntes geworden, daß sie in den meisten Fällen, wo sie der Sache nach zur Anwendung kommt, gar nicht einmal genannt wird [2]), sondern die „hereditas" schlechthin als Subject von Rechten und Verbindlichkeiten erscheint, so z. B. in Ausdrücken wie hereditatem obligare, hereditati acquirere, se hereditati obligare [3]) u. a. m., die Subjectivität der hereditas war also

dari medium instans, quo sine domino bona essent, hoc ipso induceretur medium inhabile secundum philosophos, quod impediret conjunctionem extremorum. Thibaut, System des Pand. Rechts. Ausg. 8. §. 866. „damit keine Vernichtung des Rechtlichen der Masse bewirkt werde." Göschen, Vorlesungen. B. 3. Abth. 2. §. 780.

1) Madihn, Princip. jur. Rom. de success. §. 1. Büchel, Civilrechtl. Erört. B. II. Abth. I. S. 11. Mühlenbruch, Lehrb. des Pand.-Rechts §. 614. Puchta, Pandecten 2. Ausg. §. 446. u. a.

2) So wird z. B. in folgenden Stellen gar nicht auf sie verwiesen, obgleich sie doch darin angewandt wird: l. 77. de V. O. (45. 1.) l. 1. §. 29. Dep. (16. 3.) l. 3. pr. de pecul. (15. 1.) und in den Stellen der folgenden Note.

3) L. 55. §. 1. de leg. II. (31.) legatum acquiratur hereditati

schon in den Sprachgebrauch übergegangen. Allein dennoch ist unsere Fiction erst das Product der spätern Zeit. Daß Labeo sie nicht kannte, scheint mir aus l. 13. §. 5. Quod vi (43. 24.) vollständig hervorzugehn. Ulpian behandelt hier die Frage, ob der Erbe wegen eines während der her. jac. zugefügten Schadens das interd. quod vi aut clam habe, und antwortet darauf: Et est apud Vivianum saepissime relatum, heredi competere hoc interdictum ejus, quod ante aditam hereditatem factum sit. Nec referre, Labeo ait, quod non scierit, qui heredes futuri essent: hoc enim posse quem causari etiam post aditam hereditatem. Ne illud quidem obstare, Labeo ait, quod eo tempore nemo dominus fuerit, nam et sepulchri nemo dominus fuit, et tamen si quid in eo fiat, experiri possum: Quod vi aut clam. Accedit his, quod hereditas dominae locum obtinet u. s. w. Der letzte Satz rührt offenbar von Ulpian her, wie dies im Gegensatz zu der indirecten Redeweise des Labeo aus dem directen accedit hervorgeht. Ulpian macht also damit auf einen Grund aufmerksam, den Labeo vergessen hatte oder vielmehr noch nicht kannte. Denn hätte er ihn gekannt, so würde er ihn sicherlich angeführt haben, da er gerade am entscheidensten war; ja Labeo hätte dann die Analogie des sepulchrum gar nicht benutzen können, indem er damit ja die Herrenlosigkeit der erbschaftlichen Sachen einräumt, letztere aber gerade durch die Fiction gehoben wird. Einen Beleg unserer Behauptung hinsichtlich des Labeo bietet ferner die l. 9. de foen. naut. (22. 2.) dar:

Labeo lib. 5. Pithanon a Paulo epit. Si trajectitiae pecu-

---

l. 11. §. 2. de accept. (46. 4.) hereditas liberatur, l. 21. §. 1. de neg. gest. (3. 5.) obligatur, l. 1. §. 6. de injur. (47. 10.) hereditati (fieri injuriam) et sic heredi per hereditatem acquiri, l. 11. §. 4. ad leg. Falc. (35. 2.) hereditati periit servus, l. 41. §. 2. de evict. (21. 2.). . . . tanquam ipsa hereditas heredi solverit, l. 80. de leg. II. (31.) dominium, quod hereditatis fuit. S. auch die von Savigny System. B. 2. S. 369. Note n angeführten Stellen.

niae poena, uti solet, promissa est, quamvis eo die, qui primus solvendae pecuniae fuerit, nemo vixerit, qui eam pecuniam deberet, tamen perinde committi poena potest, ac si fuisset heres debitoris.

Während die späteren Juristen in ähnlichen Fällen zu unserer Fiction greifen, wie z. B. Pomponius im Fall der l. 24. de novat. und Florentinus im Fall der l. 22. de fidej., läßt Labeo nicht allein dieselbe unbenutzt, sondern er greift zu einem ganz entgegengesetzten Mittel, indem er nämlich dem Schuldverhältnisse nicht die Persönlichkeit des Verstorbenen, sondern die des zukünftigen Erben unterschiebt. Hätte Labeo die Fiction gekannt, so wäre jenes Mittel nicht allein entbehrlich, sondern sogar ganz unanwendbar gewesen. Dasselbe gilt von Sabinus, wie aus l. 10. Ut legat. (36. 3.) hervorgeht. In dieser aus Pomponius lib. 26. ad Sabinum entnommenen Stelle heißt es: Si a te herede legatum mihi sit sub conditione tuque, postquam adieris hereditatem, satis dederis legatorum et post mortem tuam ante aditam tuam hereditatem conditio legati extiterit: Sabinus ait, fidejussores mihi teneri, quia omnimodo dari oportet legatum et in rem esset concepta stipulatio. Auch Sabinus kannte unsere Fiction nicht, denn hätte er sie gekannt, wie würde er es haben unterlassen können, auf sie zu verweisen, da ja noch Juristen einer weit spätern Zeit in ähnlichen Fällen es für nöthig halten, ihre Entscheidung gerade durch unsere Fiction zu rechtfertigen? Nicht weniger scheint sie noch dem Javolenus unbekannt gewesen zu sein. In der von ihm herrührenden l. 64. de hered. inst. (28. 5.) heißt es: Ejus servum, qui post mortem meam natus erit, heredem institui posse Labeo frequenter scribit. Idque verum esse manifesto argumento comprobat, quia servus hereditarius priusquam adeatur hereditas, institui heres potest, quamvis is testamenti facti tempore nullius sit. Denn wenn er bei einer so dringenden Veranlassung es unterließ, auf die Fiction hinzuweisen, so kann dies keinen andern

13*

Grund gehabt haben, als daß sie ihm unbekannt war. Man vergleiche mit unserer Stelle einmal die oben besprochene l. 13. §. 5. Quod vi aut clam (43. 24.). — In beiden Stellen räumt Labeo ein, daß die erbschaftlichen Sachen während der her. jac. res nullius seien, allein während in der einen Javolenus dieses mit der Entscheidung des Labeo in der That unvereinbare Zugeständniß billigt und sich dadurch denselben Widerspruch zu Schulden kommen läßt, unterläßt in der andern Ulpian es nicht, dasselbe mittelst unserer Fiction zu berichtigen. Javolenus nahm also noch die Herrenlosigkeit an. Man könnte dieser Behauptung vielleicht die von diesem Juristen herrührende l. 36. de stip. serv. (45. 3.) entgegensetzen, worin er u. a. sagt: inter hereditarium servum et eum, qui pro derelicto habetur, plurimum interest, quoniam alter hereditario jure retinetur, nec potest relictus videri, qui universo hereditatis jure continetur. So viel sieht man nun allerdings aus dieser Stelle, daß die Theorie herrenloser Sachen auch vor Aufstellung unserer Fiction bei den erbschaftlichen Sachen nicht durchgeführt ward, und daß man, wenn man einerseits noch nicht das Mittel gefunden hatte, um letztere Art von Sachen der Kategorie der herrenlosen auch nominell zu entziehen, dennoch den Unterschied beider bestimmt genug hervortreten ließ. Der Sache nach werden die erbschaftlichen Sachen so behandelt, als wären sie in Jemandes Eigenthum, allein diese Behandlungsweise hatte noch nicht die adäquate Ausdrucksform gewonnen. Javolen war letzterer schon sehr nahe gekommen, indem er den Unterschied zwischen der Herrenlosigkeit eines derelinquirten und eines erbschaftlichen Sklaven darein setzt, daß letzterer „universo hereditatis jure retinetur (continetur).“ Der Sache nach spricht er damit denselben Gedanken aus, den unsere Fiction nur bestimmter und prägnanter ausdrückt, allein gerade daraus, daß er bei einer Gelegenheit, wo er es sich zur Aufgabe gemacht hatte, die angebliche Herrenlosigkeit des erbschaftlichen Sklaven zu beseitigen, das Verhältniß desselben zur Erbschaft ganz bestimmt zu

charakterisiren, daß er da, sage ich, anstatt unsere Fiction zu benutzen, zu einer Umschreibung seine Zuflucht nimmt, daraus folgt unläugbar, daß er unsere Fiction nicht kannte.

Eine Spur der früheren theoretischen Hülfslosigkeit hat sich auch noch im Edict erhalten, nämlich in der Stelle, die Ulpian in l. 3. de neg. gest. (3. 5.) mittheilt: Ait Praetor: si quis negotia alterius sive quis negotia, quae cujusque cum is moritur, fuerint, gesserit, judicium eo nomine dabo. Ulpian fügt zu den letzten Worten in §. 6. ibid. hinzu: haec verba significant illud tempus, quo quis post mortem alicujus negotia gessit, de quo fuit necessarium edicere, quoniam neque testatoris jam defuncti, neque heredis, qui nondum adiit, negotium gessisse videtur. Allein Ulpian selbst würde als Prätor schwerlich diesen Zusatz gemacht, vielmehr wohl unter Berücksichtigung unserer Fiction mit Paulus in l. 21. §. 1. ibid. gesagt haben: qui negotia hereditaria gerit, quodammodo sibi hereditatem seque ei obligat. Nöthig konnte dieser Zusatz allenfalls in früherer Zeit erscheinen, wo man der rechtlichen Natur der her. jac. noch nicht vollkommen Herr geworden war, und auch hier würde sich in diesem speciellen Fall die Theorie wohl ebensogut aus eigner Kraft geholfen haben, wie in den übrigen eben mitgetheilten Fällen.

Javolen ist der letzte, von dem wir nachweisen können, daß er unsere Fiction nicht kannte. Der erste, bei dem sie uns begegnet, Julian, ist zugleich ihr Urheber [1]). Doch bevor wir uns der Entstehung und den weiteren Schicksalen unserer Fiction zuwenden, wollen wir einen Rückblick auf die bisherige

1) L. 33. §. 2. de A. R. D. (41. 1.) Ulp.: . . . quotiens servus hereditarius stipulatur vel per traditionem accipit, ex persona defuncti vires assumit, ut Juliano placet, cujus praevaluit sententia, testantis personam spectandam esse opinantis. Die Florentina hat consumit statt assumit und et valuit statt praevaluit. Letzteres fand ich in der Ausgabe des corp. jur. glossatum. Venedig, 1598. Wenn man die Lesart: et valuit beibehalten will, so muß man den Nachdruck auf valuit legen, so daß letzteres in Gegensatz kommt zu dem bloßen placet.

Untersuchung werfen. Das Resultat derselben ist, daß die Juristen vor Julian unsere Fiction nicht kannten, dennoch aber in der praktischen Behandlung aller während der hered. jac. entstandenen oder zur Sprache kommenden Rechtsverhältnisse mit der späteren Jurisprudenz übereinstimmten. Versetzen wir uns einmal auf den damaligen Standpunkt. Die Erbschaft bekam ihren juristischen Mittelpunkt erst rückwärts durch Antretung der Erbschaft. Für Verhältnisse, die erst von dieser Zeit an zur Sprache gebracht wurden, reichte diese Behandlungsweise vollständig aus, allein nicht für diejenigen, welche bereits vorher erledigt oder bestimmt werden sollten, z. B. das Verhältniß eines erbschaftlichen Gläubigers zu den Bürgen. Wollte man hier consequent verfahren, so mußte man sagen, alle jene Verhältnisse können während der her. jac. gar nicht zur Sprache gebracht werden, denn sie bestehen gar nicht mehr; erst mit der Antretung der Erbschaft bekommen sie ihren juristischen Mittelpunkt und damit ihre Existenz rückwärts wieder. Daß diese Consequenz den Römern nicht entging, sehen wir aus der l. 5. pr. Ut legat. (36. 3.) Papinian: „Postquam heres ab hostibus captus est, conditio legati, cujus nomine proposita stipulatione cautum fuerat, extitit: fidejussores interim teneri negavi: quia n e q u e j u s, n e q u e p e r s o n a e s s e t, ad q u a m verba stipulationis dirigi possint.“ Dem Vermögen des Gefangenen fehlte ebenso wie dem des Verstorbenen der juristische Mittelpunkt, und die künstliche Ergänzung desselben war und blieb für jenes immer so unvollkommen, wie sie es für dieses nur bis auf Julian gewesen war, sie ward nämlich durch eine r ü c k w i r k e n d e Fiction, die des Postliminiums, vermittelt. Es war daher ganz consequent von Papinian, die Verpflichtung der Bürgen zu läugnen. Denn der Legatar, welcher sich die Bürgen hätte bestellen lassen, hatte in der That gar keine Forderung („quia neque jus esset“), weil der Schuldner juristisch nicht existirte („neque persona esset“). Diese rigoristische Consequenz ließ sich aber weder bei dem Vermögen

des Gefangenen noch bei der her. jac. vollständig durchführen. Bei letzterer findet sich keine Spur derselben, vielmehr behandelte schon die ältere Jurisprudenz alle während der her. jac. zur Sprache kommenden Rechtsverhältnisse ebenso, als wenn sie im Besitz der Fiction gewesen wäre. Man vergleiche zunächst die oben S. 195. mitgetheilte l. 10. Ut legat. (36. 3.). Sabinus behandelt hier denselben Fall, wie Papinian in der l. 5. pr. ibid., nur daß der Erbe anstatt, wie in jenem Fall, blos seine juristische, hier auch seine physische Persönlichkeit verloren hatte. Mit der Consequenz des Papinian hätte Sabinus dem Legatar die Klage gegen den Bürgen einstweilen, d. h. bis zur Antretung der Erbschaft absprechen müssen, „quia neque jus, neque persona esset." Allein er gestattet hier dennoch schon vorher die Anstellung der Klage — eine Entscheidung, die seinem praktischen Takte alle Ehre macht, aber der juristischen Rechtfertigung entbehren mußte, da Sabinus unsere Fiction nicht kannte. Der Grund, den er anführt, quia omnimodo dari oportet war gerade das zu beweisende; denn wie konnte ohne unsere Fiction eine Verpflichtung des Erben angenommen werden, da ja der Erbe selbst nicht existirte? Auch die übrigen oben S. 195 mitgetheilten Entscheidungen des Labeo und Javolen sind ganz im Geiste unserer Fiction, allein, insofern sie sich nicht auf letztere stützen können, ohne theoretische Basis. Die Praxis, kann man sagen, war der Theorie voraus; sie wandte ein Princip bereits an, bevor letztere dasselbe in seiner abstracten Form aufgestellt hatte. Eben weil man sich des letztern noch nicht in dieser Form bewußt geworden war, ungeachtet man doch gewissermaßen aus juristischem Instinkt nie in concreto gegen dasselbe fehlte, — eine Erscheinung, die bekanntlich die Licht- und die Schattenseite der römischen Jurisprudenz bildet — tappte man bei der Motivirung der Entscheidungen in der Irre herum. So will z. B. Labeo in der oben angeführten l. 13. §. 5. Quod vi (43. 24.) seine Ansicht, daß das interdictum quod vi aut clam auch wegen eines während der her. jac. errichteten Werks

zustehe, mit der Analogie des sepulchrum rechtfertigen („nam et sepulchri nemo dominus fuit, et tamen si quid in eo fiat, experiri possum: quod vi aut clam") — ganz nutzlos, denn damit ist nur bewiesen, daß es einen exceptionellen Fall giebt, nicht aber, daß der Fall der hered. jac. gerade der zweite sei. Labeo setzt in der That das zu beweisende als unbeweisbar hin und zeigt nur, daß es auch eine Analogie gebe. In einer andern Stelle, der oben S. 194. mitgetheilten l. 9. de foen. naut. (22. 2.), anticipirt er bereits während der her. jac. die Person des Erben, um dem Eintritt einer Bedingung rechtliche Wirksamkeit beilegen zu können — ein Mittel, das er, wenn er sich hätte treu bleiben wollen, ja auch in dem eben genannten Fall hätte anwenden müssen, und das hier ebenso wirksam oder unwirksam gewesen wäre, wie dort. Daß Sabinus in der Motivirung seiner Entscheidung nicht glücklicher war, haben wir gesehen. Javolen war dem Ziele schon näher gekommen, indem er die hered. jac. als ein universum jus bezeichnet, quo res singulae continentur.

Der Schritt nun, den Julian dadurch that, daß er der her. jac. Persönlichkeit beilegte, enthielt zwar einen Fortschritt, insofern er ein wissenschaftliches Bedürfniß befriedigte, allein zunächst keine praktische Neuerung [1]. Julian brachte nur das jenen Entscheidungen der früheren Juristen unbewußt zu Grunde liegende Princip zum Bewußtsein; er gab der bereits herrschenden Behandlungsweise ihren adäquaten Ausdruck. Daher erklärt sich die allgemeine Anerkennung, welche seine Neuerung fand. Allein wenn letztere gleich in Thesi bald nachher als ganz feststehend erscheint, wie dies außer den S. 186 angeführten Stellen namentlich der Sprachgebrauch (S. 193 f.) zeigt, so war sie doch in einzelnen Fällen noch längere Zeit Gegenstand des Streites. In einem Falle hatte Julian selbst noch nicht den Muth einer durchgreifenden Consequenz. Aus l. 15. pr. de usurp. (41. 3.) [2] erfahren wir nämlich,

1) Letztere trat erst später hervor, wie wir unten zeigen wollen.

2) Eine ausführliche Erklärung dieser dunklen und sehr verschieden

daß Julian Bedenken trug seine Fiction auf den Fall anzuwenden, wenn ein Gefangener in Feindes Gewalt gestorben war. Die lex Cornelia fingirte bekanntlich, daß der Gefangene schon im Augenblick seiner Gefangennehmung umgekommen sei, mithin mußte man auch bereits von diesem Augenblicke an die hered. jac. und damit unsere Fiction eintreten lassen. Julian war aber unentschlossen und wird deswegen in jener Stelle mit Recht von Marcellus mittelst seiner eignen Fiction berichtigt. Auch Papinian fehlte noch gegen unsere Fiction, indem er in der l. 45. §. 1. de usurp. (41. 3.) [1]) die Usucapion der von einem erbschaftlichen Sklaven peculii nomine erworbenen Sachen erst mit der Antretung der Erbschaft beginnen lassen will, während doch die her. jac. des Pekulienbesitzes allerdings fähig war, da letzterer nach der Ansicht der meisten, namentlich der späteren römischen Juristen auf Seiten des Herrn lediglich das Eigenthum nicht auch den Besitz des Sklaven voraussetzte [2]). Auch Papinian theilte diese Ansicht [3]); es war mithin inconsequent, der her. jac., die ja als Eigenthümerin des Sklaven angesehen ward, die Fähigkeit zum Pekulienbesitze abzusprechen, und mit Recht weichen die übrigen Juristen hierin von ihm ab [4]). Auch Paulus drückt sich in einer Stelle, in der er unsere Fiction zur Anwendung bringt, und wo letztere gar keinem Zweifel unterliegen konnte, so aus, als ob seine Entscheidung nicht ganz ohne Bedenken wäre oder auch das Gegentheil sich vertheidi-

---

gefaßten Stelle habe ich in meiner Dissertation de hereditate possidente. Berol. 1842. S. 12 u. f. gegeben.

1) Eine nähere Kritik seiner Ansicht habe ich in der angeführten Dissertation S. 32 u. f. versucht.

2) L. 1. §. 14., l. 50. §. 1. de acq. poss. (41. 2.), l. 25. §. 2. de liber. causa (40. 12.). S. 36. der angeführten Dissertation.

3) L. 44. §. 7. de usurp. (41. 3.) Si, ait, cum apud hostes dominus aut pater agat, servus aut filius emat, an et tenere incipiat? Si quidem ex causa peculii possedit, usucapionem inchoari.

4) L. 19. de capt. (49. 15.), l. 16. de O. et A. (44. 7.), l. 9. §. 6. de Publ. act. (6. 2.)

gen ließe [1]). Einen Fingerzeig zum Verständniß giebt uns die von Paulus herrührende l. 73. §. 1. de V. O. (45. 1.): Si servus hereditarius stipulatus sit, nullam vim habitura est stipulatio, nisi adita hereditas sit, quasi conditionem habeat. Idem est in servo ejus, qui apud hostes est, verbunden mit der Regel, daß die acceptilatio non recipit diem vel conditionem [2]). Da nämlich Paulus die Stipulationen der erbschaftlichen Sklaven als bedingte ansah, so ließ sich allerdings die Frage aufwerfen, ob man bei einer solchen Auffassung die Acceptilation für gültig erklären könne. Bejahen aber mußte man dieselbe, indem ja, wie Ulpian in der angeführten l. 77. de R. J. sagt, nonnumquam tamen actus suprascripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium afferunt.

Die bisher mitgetheilten Beispiele zeigen, daß die Anwendung unserer Fiction selbst in unbedenklichen Fällen bei einigen klassischen Juristen noch Zweifeln oder Irrthümern unterlag. Allein wenn gleich in dieser Erscheinung die verhältnißmäßig späte Entstehung unserer Fiction immer noch deutlich genug hervortritt, so sind doch diese Spuren nur untergeordneter Natur und verschwinden völlig gegen die Sicherheit, mit der unsere Fiction schon bald nach ihrer Aufstellung in den meisten Fällen gehandhabt wird. Nur nach einer Seite hin war ihre Anwendung bedenklich und hier scheint denn auch noch längere Zeit eine Ungewißheit ihres Gebrauchs Statt gefunden zu haben. Wir wollen dies jetzt näher ausführen.

In den meisten Fällen machte es für den Erben keinen Unterschied aus, ob man als Trägerin der Rechtsverhältnisse während der her. jac. die Persönlichkeit des Erblassers oder die des Erben annahm, denn im Allgemeinen war sich ja die

1) L. 11. §. 2. de accept. (46. 4.): Si servus hereditarius ante aditam hereditatem acceptum roget, quod defunctus promisit, verius puto contingere liberationem, ut per hoc hereditas ipsa liberetur.

2) L. 77. de R. J. (50. 17.)

Rechtsfähigkeit beider gleich. Dies war z. B. der Fall, wenn es sich darum handelte, die Fortdauer der auf den Erben übergehenden Rechtsverhältnisse während der her. jac. zu erklären oder die Gültigkeit der meisten während dieser Zeit neu entstehenden Rechtsverhältnisse zu rechtfertigen, z. B. die Gültigkeit einer Verbürgung für eine erbschaftliche Schuld, der Stipulationen erbschaftlicher Sklaven. In diesen Fällen führte also die Anwendung der neueren Fiction kein Resultat herbei, das man nicht auch früher mittelst der rückwirkenden erreicht hätte; die durch jene Fiction zu vermittelnde Befriedigung eines formalen Interesses konnte also in diesen Fällen ohne irgend eine Aenderung des materiellen Rechts erreicht werden. Allein dies war nicht der Fall, sobald zwischen der Rechtsfähigkeit des Erblassers und des Erben ein Unterschied Statt fand, also namentlich wenn es dem einen oder dem andern an der Capacität oder der testamenti factio fehlte. Wir haben bereits oben gezeigt, daß hier die Anwendung der einen oder der andern Fiction ein praktisch verschiedenes Resultat herbeiführte. Wenn wir uns nun auf den Standpunkt der römischen Jurisprudenz zu und nach Julians Zeit versetzen, so müssen wir gestehen, daß für diese Fälle die Anwendung der neueren Fiction nicht ohne Bedenken war. Denn wenn wir z. B. den Fall nehmen, daß der Erblasser keine testamenti factio besaß, und nach seinem Tode einer seiner Sklaven zum Erben eingesetzt ward, so hatte man bis auf Julian diese Einsetzung rückwärts durch die testamenti factio des Erben aufrecht erhalten. Wenn aber Julian hier seine Fiction anwenden wollte, so mußte er die Einsetzung für nichtig erklären, mithin mit der herrschenden Ansicht nicht blos der Begründung, sondern dem Resultate nach in Widerspruch treten. Julian scheute sich denn auch nicht, dies zu thun, wie wir aus der bereits früher angeführten l. 33. §. 2. de A. R. D. (41. 1.) sehen. Quotiens, sagt hier Ulpian, servus hereditarius stipulatur vel per traditionem accipit, ex persona defuncti vires consumit, ut Juliano placet, cujus

et valuit sententia testantis personam spectandam esse opinantis. Zwar spricht hier Ulpian nicht von der Erbeinsetzung des Sklaven, dem Hauptfall, in dem die materiell verschiedene Wirksamkeit beider Fictionen sich zeigte, allein der besondere Nachdruck, mit dem er die Regel „testantis personam spectandam esse", die er ja unmittelbar vorher bereits mit den Worten: „ex persona defuncti vires consumit" angeführt hatte, wiederholt, zeigt deutlich, daß Ulpian nicht blos aus formalem Interesse diese neuere Fiction anempfahl, sondern daß er ihr ein praktisches Interesse zuschrieb. Ebenso also auch Julian. Allein wenn er gleich seiner theoretischen Neuerung zu Liebe sich nicht scheute, die Consequenzen derselben auf Kosten des geltenden Rechts zu billigen, so waren doch Andere bedenklicher. Es kostete längere Zeit, bevor man sich zur Annahne jener Consequenzen verstand. Dies sieht man nicht blos an der Aeußerung Ulpians: „Juliano placet, cujus et valuit (oder, wie noch bezeichnender einige Handschriften lesen: praevaluit) sententia" d. h. „Julian stellte jene Ansicht auf, und sie gewann die Oberhand", sondern besonders an der l. 55. §. 1. de leg. II. (31.) Gajus wirft hier die Frage auf: Si eo herede instituto, qui vel nihil vel non totum capere potest, servo hereditario legatum fuerit, tractantibus nobis de capacitate videndum est, utrum heredis an defuncti persona an neutrius spectari debeat. Et post multas varietates, antwortete er darauf, placet, ut, quia nullus est dominus, in cujus persona de capacitate quaeri possit, sine ullo impedimento adquiratur legatum hereditati atque ob id omnimodo ad eum pertineat, quicunque postea heres extiterit secundum quod accipere potest; reliqua autem pars ad eos, qui jure vocantur, venit. Von den drei Möglichkeiten, welche er aufzählt, mußte man die, auf die Capacität des eingesetzten Erben zu sehen, ohne weiteres ausschließen, indem der Erbe nach der älteren Fiction zwar rückwärts Subject der Zwischenzeit ward, allein vor Antretung der Erbschaft noch in keinem Verhältniß zu der=

selben stand. Um so schwieriger war aber die Wahl zwischen den beiden andern Möglichkeiten. Mit Julian mußte man auf die Capacität des Erblassers sehen, mit der älteren Jurisprudenz die Einsetzung ohne weiteres für gültig erklären [1]). Julians Ansicht stand aber im Widerspruch mit einer langjährigen Praxis — dies sprach gegen sie. Dagegen war doch seine Fiction ganz allgemein angenommen, und dies schien für sie zu sprechen. Oder ließ sich beides aufrecht halten, jene Praxis und Julians Fiction, mit andern Worten konnte man sagen, die Fiction erleidet auf jene Frage gar keine Anwendung, sie legt zwar der her. jac. die Persönlichkeit des Erblassers bei, allein von dem Besitz oder dem Mangel der Capacität kann bei der her. jac. nicht die Rede sein? Gajus mußte dies wohl für möglich halten. Vergleicht man l. 31. §. 1. de her. inst. (28. 5.), worin Gajus sagt: creditum est, hereditatem dominam esse et defuncti locum obtinere, mit den Worten unserer Stelle: quia nullus dominus est, in cujus persona de capacitate quaeri possit, so sieht man, daß Gajus sagen wollte: die her. jac. repräsentirt zwar den Erblasser, allein in ihrer Persönlichkeit ist eo ipso auch die Capacität enthalten, einerlei ob der Erblasser sie besaß oder nicht. Zu seiner Rechtfertigung könnte man allenfalls sagen: Die Capacität sowie die testamenti factio ist in abstracto in der Persönlichkeit enthalten. Wenn diese potentiell vorhandenen Fähigkeiten nun bei einer bestimmten Person gewisser Hindernisse wegen keine effective werden, so hören sie doch nicht auf Theile der abstrakten Rechtsfähigkeit zu sein und eben damit,

---

1) L. 64. de her. inst. (28. 5.) Javolenus: . . . idque verum esse manifesto argumento comprobat (Labeo), quia servus hereditarius, priusquam adeatur hereditas, institui heres potest, quamvis is testamenti facti tempore nullius sit. Also die Erbeinsetzung des Sklaven ist gültig, ohne daß noch die test. factio seines ehemaligen Herrn verlangt würde. Auf letztere konnte man nicht sehen, da der Sklave ja res nullius sein sollte.

wenn mit dem Tode einer Person die Hindernisse ihrer concreten Erscheinung weggefallen sind, wiederum in Wirksamkeit zu treten. Doch wir wollen uns über die Gründe, mit denen Gajus der julianischen Fiction gegenüber seine Entscheidung gerechtfertigt haben mag, den Kopf nicht zerbrechen; genug daß er die Fiction nicht anwandte und selbst gesteht (post multas varietates placet), daß er über jene Frage häufig seine Meinung gewechselt habe [1]). Das Motiv seiner Entscheidung kann aber wohl nur darin gelegen haben, daß er mit der Fiction des älteren Rechts in keinen materiellen Widerspruch treten wollte. Diese Tendenz tritt bei Gajus auch in andern Anwendungen unverkennbar hervor [2]) und man kann sagen, daß er sich in der Entwicklungsgeschichte der julianischen Fiction durch seine Renitenz auszeichnete. Letztere war freilich fruchtlos, wie wir dies hinsichtlich der in der Note angedeuteten Beispiele an dem dort angegebenen Ort sehen werden und hinsichtlich der uns hier beschäftigenden Frage jetzt zeigen wollen. Gajus sah also — dies ist der Punkt, von dem wir ausgehen — bei der Zuwendung von Legaten oder Erbschaften an erbschaftliche Sklaven nicht auf die Capacität ihres verstorbenen Herrn. Der Widerspruch, in den er hierin mit Julian trat, entschied sich später vollständig zu Gunsten des letztern. Wir sehen dies aus der l. 52. de her. inst. (28. 5.). In dieser Stelle sagt Paulus: servus hereditarius heres institui potest, si modo testamenti factio fuit cum defuncto, licet cum herede instituto non sit, und er sagt dies in einer Weise, die deutlich zeigt, daß seine Behauptung nicht wie die

---

1) Hierin hätten wir denn noch einen Grund gegen die oben S. 150 widerlegte Ansicht von Savigny, wornach der Zweck unserer Fiction gerade in einer Anwendung bestanden haben soll, zu der Gajus hier sich gar nicht einmal verstehen will.

2) S. unten No. V., wo Beispiele mitgetheilt werden sollen, in denen Gajus im Widerspruch mit seinen Zeitgenossen der älteren Fiction noch eine praktische Anwendbarkeit zugestand.

des Gajus eine subjective Ansicht, sondern allgemein anerkannt war. Zwar spricht Paulus hier nicht von der Capacität, sondern von der testamenti factio, allein für unsern Zweck macht dies keinen Unterschied aus. Paulus beurtheilt jene Erbeseinsetzung des Sklaven nach der Rechtsfähigkeit seines ehemaligen Herrn, und dies genügt uns.

Während nun die julianische Fiction in ihren praktischen Consequenzen nach der angegebenen Seite hin sich den Sieg verschaffte, that sie es auch nach einer anderen hin. Nämlich im bisherigen haben wir den Fall betrachtet, wenn die Anwendung dieser Fiction dadurch ein anderes Resultat gab, als die der älteren, daß Erbe und Erblasser nicht denselben Grad der Rechtsfähigkeit besaßen. Allein auch wenn letzteres nicht der Fall war, konnte doch die Anwendung der einen oder anderen eine materielle Verschiedenheit zur Folge haben. Sah man den Erben rückwärts für den Eigenthümer der erbschaftlichen Sachen an, so folgte daraus, daß wenn z. B. ein erbschaftlicher Sklave, der einem Dritten unbedingt legirt war, den Erben während der her. jac. bestohlen hatte, letzterer gegen den Legatar die actio furti nicht anstellen konnte, oder, um ein noch heute anwendbares Beispiel zu wählen, daß, wenn der Erbe eine Sache des Erblassers, die er irrthümlich für die seinige hielt, während der her. jac. verkauft hatte, der Käufer mit Antretung der Erbschaft rückwärts Eigenthümer geworden war, während in beiden Fällen das Gegentheil galt, sobald man hier mit der älteren Fiction die her. jac. als Eigenthümerin ansah. Wir haben oben gezeigt, daß die Juristen vor Julian die ältere Fiction in dieser Weise anwandten, wenn gleich nicht mit völliger Consequenz. Hier trat also die neuere Fiction wiederum mit ihr in Widerspruch und auch hier begegnet uns wieder dieselbe Erscheinung, die wir oben gefunden haben, daß man nämlich Anstand nahm, einer theoretischen Neuerung zu Liebe die damit unverträglichen, aber praktisch anerkannten Consequenzen der älteren Fiction aufzugeben. Beispiele bieten uns Gajus, Florentinus

und Modestinus [1]). Ersterer und letzterer erklärten es für statthaft, daß ein erbschaftlicher Sklave dem zukünftigen Erben stipulire [2]; Gajus und Florentinus ließen mit der Antretung der Erbschaft rückwärts im Augenblick des Todes des Erblassers die dem Grundstück des Erben an dem des Erblassers oder dem des letzteren an dem des ersteren zustehende Servitut untergehn — eine für den Fall, daß der Erblasser jenes Grundstück einem Dritten legirt hätte, folgenreiche Behauptung [3]). Dieses Festhalten am alten neben einem damit unvereinbaren neuen Princip hat den Modestinus in der l. 35. de stip. serv. (45. 3.) zu der freilich in praktischer Hinsicht unschädlichen, aber in theoretischer Hinsicht höchst anstößigen Behauptung verleitet: servus hereditarius et heredi futuro et hereditati recte stipulatur. Anstatt sich für die eine oder die andere Stipulationsform zu entscheiden und damit folgeweise die ältere oder die neuere Fiction zu opfern, begeht er lieber den Unsinn, beide anzuwenden und dadurch den Sklaven mit zwei Eigenthümern zu beschenken, von denen, weil sie es in solidum sind, jeder den andern ausschließen würde. Die meisten übrigen Juristen nach Julian haben sich aber weder in diesem Fall [4]), noch in allen andern ähnliche Widersprüche zu Schulden kommen lassen. Sie legen der Antretung der Erbschaft keine rückwirkende Kraft mehr bei, sondern betrachten lediglich die her. jac. selbst als Rechtssubject der Zwischenzeit. Den Beweis dieser dogmatisch wichtigen Behauptung werde ich unten (No. V) erbringen; hier, wo es mir blos um die historische Entwicklung der neueren Fiction zu

1) Ich verweise auf No. V, wo ich den Beweis liefern werde, daß die ältere Fiction im neuern römischen Recht ihre praktische Anwendbarkeit verloren hat, wenn gleich die im Text genannten Juristen sich einige Widersprüche zu Schulden kommen ließen.

2) L. 28. §. 4., l. 35. de stip. serv. (45. 3.)

3) L. 70. §. 1., l. 116. §. 4. de leg. I. (30.)

4) S. z. B. l. 16., l. 18. §. 2. de stip. serv. (45. 3.) l. 27. §. ult. de pact. (2. 14.)

thun ist, möge es mir verstattet sein, jenes Resultat vorläufig als bewiesen anzunehmen. Also die ältere Fiction hat später ihre praktische Anwendbarkeit verloren. Allein obgleich diese Anforderung schon mit Aufstellung der neueren Fiction ausgesprochen war, und die Verwirklichung derselben dadurch sehr erleichtert ward, daß jene Anwendbarkeit mehr sporadischer Natur gewesen war (s. oben), die ältere Fiction sich also, man möchte sagen, nicht so sehr in der Praxis festgesetzt hatte, so erfolgte dennoch ihre praktische Beseitigung erst nach und nach, und nominell, kann man sagen, hat sie sich auch neben der neuern immer erhalten [1]); eine Erscheinung, der es im römischen Rechte bekanntlich nicht an Analogien fehlt, und die man um so weniger geneigt sein kann den römischen Juristen zum Vorwurf zu machen, als sie sich bei den Redactoren der Pandecten und unseren neueren Juristen wiederholt hat. Daß Jene Fragmente aufnahmen, in denen auch die ältere Fiction angewandt oder erwähnt ward, könnte man mit der historisch-dogmatischen Tendenz ihrer Aufgabe sowie mit der Schwierigkeit derselben entschuldigen; daß aber auch neuere Juristen bei der systematischen Bearbeitung des Erbrechts beide Fictionen als anwendbar und ganz verträglich vortragen [2]), bewährt einmal

1) Paulus in l. 138. pr. de R. J. (50. 17.) Florentinus in l. 54. de acq. her. (29. 2.)

2) Vinnius Comm. ad Inst. lib. II. tit. XIV. §. 2. Hereditas qua jacens defunctum, qua adita heredem repraesentat. Brunnemann Comm. ad Pand. ad l. 54. de acq. her. (29. 2.). Höpfner, Commentar §. 542. Note 6. „Vor Antretung der Erbschaft repräsentirt letztere den Erblasser, nachher den Erben; es wird nun angenommen, daß der Erbe dem Verstorbenen sogleich von dessen Ableben succedirt habe.“ Glück, Erl. der Pand. B. 6. S. 535: „Die fictio hereditatis jacentis hört nun zwar auf: allein es tritt eine andere Fiction an deren Stelle . . . als ob sie nie jacens gewesen wäre.“ Roßhirt, Einleitung in das Erbrecht und Darstellung des ganzen Intestaterbrechts S. 17: „Die Sache wird so betrachtet, als hätte der Erbe im Augenblick des Todes des Erblassers die Annahmserklärung abgelegt, so daß jede Unterbrechung in der Fortsetzung der Rechtssubjectivität vermieden wird.“ Hofacker, Princ. jur.

wieder den Erfahrungssatz, daß ein Widerspruch nur aus dem Munde eines römischen Juristen zu kommen braucht, um unter ihren modernen Nachfolgern Hunderte zu finden, die ihn gläubig nachsprechen und ihren Verstand gefangen nehmen.

Werfen wir jetzt einen Rückblick auf die bisherige Untersuchung, so haben wir gezeigt, daß die Fiction des Julian, soweit sie mit der älteren nicht in einen materiellen Widerspruch zu treten brauchte, schnell Eingang fand, daß sie dagegen in den Fällen, in welchen ihre Anwendung und die der älteren Fiction praktisch verschiedene Resultate herbeiführten, sich erst nach und nach den Sieg verschaffen mußte. Die letzte Spitze ihrer Entwicklung fällt als dogmatisches Resultat nicht in den Kreis der Aufgabe, die wir uns hier gestellt haben — ihre allmählige Entwicklung historisch zu verfolgen. Nur soviel möge hier von den Ergebnissen der unter VI. folgenden dogmatischen Darstellung anticipirt werden, daß die römischen Juristen die Gränzen der Anwendbarkeit unserer Fiction zwar nicht ausdrücklich festgestellt haben, sondern sich blos damit begnügten, zu sagen, die her. jac. werde in multis partibus juris oder in plerisque als Repräsentantin des Erblassers angesehen, allein trotzdem, geleitet durch den juristischen Takt, derartige Gränzen beobachteten, wenn gleich Ulpian hier einmal, um ein an sich richtiges Resultat zu rechtfertigen, unsere Fiction falsch gebrauchte [1]).

Beantworten wir jetzt schließlich noch die Frage, welche wir oben S. 192 f. unerledigt gelassen, um erst die historische Entwicklung unserer Fiction zu verfolgen, nämlich die: was war der Zweck derselben. Die Antwort darauf liegt schon in

---

civil. §. 1445. hält sogar zwei Fictionen für nothwendig. Ne vero, sagt er, hereditatis fictione retro sublata res nullius fuisse appareat, necessaria fuit alia juris fictio! Einige, wie Lauterbach, Colleg. lib. V. tit. III, V, und Cocceji Jus controv. V, III qu. 1. haben sogar jeder Fiction eine besondere Wirksamkeit ausgedacht, der neueren: ut actus valeat, der älteren: quoad effectum acquisitionis.

1) In l. 1. §. 6. de injur. (47. 10.)

den Resultaten unserer bisherigen Untersuchung. Wir haben nämlich gesehen, daß die Art und Weise, wie die ältere Jurisprudenz die hered. jacens behandelte, den Anforderungen des Erbrechts durchaus genügte, nicht aber denen des Vermögensrechts, indem letzteres die bereits im älteren römischen Recht befriedigte Anforderung einer vom Eintritt eines Universalsuccessors ganz unabhängigen Fortdauer der Schulden des Erblassers und ebendamit auch des Mittels zur Tilgung derselben, seines Activ-Vermögens, enthält. Jener Einseitigkeit der Theorie half nun Julian durch seine Fiction ab. Indem wir das Bedürfniß der letzteren nachgewiesen haben, ist damit auch die Frage nach ihrem Zwecke beantwortet. Möglich, daß außer jenem Bedürfniß auch andere Gründe ihre Aufstellung veranlaßten, und wenn man den sicheren Boden historischer Gewißheit verlassen will, um im nebelhaften Gebiet des blos Möglichen und Denkbaren zu jagen, so lassen sich gewiß manche originelle Ansichten über den Zweck unserer Fiction aufstellen; damit ist aber wenig gewonnen, und wir brauchen uns hier um so weniger mit bloßen Möglichkeiten zu plagen, als wir für unsere Fiction eine innere Nothwendigkeit nachgewiesen haben.

Wir wollen jetzt zum dogmatischen Theil unserer Aufgabe schreiten und zwar zuerst (V.) zeigen, daß die ältere Fiction alles praktischen Werthes entbehrt, die neuere also ausschließlich gilt, und dann (VI.) den Sinn derselben sowie den Charakter der hereditas jacens zu bestimmen suchen.

V.

Die exclusive Gültigkeit der neuern Fiction.

Seit Julian hat die Fiction des älteren Rechts ihre praktische Gültigkeit völlig eingebüßt; nur nominell und in einzelnen Anwendungen, wie z. B. in der der l. 28. §. 4. de stip. serv. (45. 3.) hat sie bei einigen wenigen Juristen sich noch erhalten. Diese Inconsequenz kann uns aber über die

praktische Unanwendbarkeit jener Fiction nicht im Zweifel lassen, denn letztere geht aus vielen bestimmten und unbestrittenen Entscheidungen hervor. Wir wollen letztere zusammenstellen und dadurch beweisen, daß im neuern römischen Recht auch nach Antretung der Erbschaft die her. jac. als Rechtssubject der Zwischenzeit betrachtet wird, die Antretung also keine rückwirkende Kraft mehr hat.

1) Wenn die Antretung der Erbschaft, wie früher, rückwirkende Kraft hätte, so müßte man mit Cassius und Gajus in der l. 28. §. 4. de stip. serv. (45. 3.) den Erben rückwärts für den Eigenthümer der erbschaftlichen Sachen ansehen, also

a) auch der einem Dritten legirten oder der im Testament freigelassenen Sklaven, welche mit Antretung der Erbschaft ausscheiden. Dies ist aber nicht der Fall, wie wir jetzt zeigen wollen.

Recta via, sagt Papinian in der l. 80. de leg. II. (31.), dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transit; numquam factum heredis. Ebenso bestimmt drückt sich Julian und Ulpian in der l. 9. §. 1. de pec. (15. 1.) und l. 8. §. 1. de pec. leg. (33. 8.) aus. Nullo momento, sagen sie, (heres) dominium in manumisso vel legato pure habuit. Wenn nun der Erbe nie Eigenthümer jener Sachen war, so folgt daraus, daß er, wenn ein unbedingt legirter oder im Testament freigelassener Sklave ihn während der her. jac. bestahl [1]), gegen den Legatar oder den Freigelassenen die actio

---

1) Wenn der Sklave die Erbschaft bestahl, so steht der Strenge nach keine Klage gegen ihn zu, „quia hereditati furtum fecit hoc est dominae, dominus autem dominave non possunt habere furti actionem cum servo suo, quamvis postea ad libertatem pervenerit (l. 1. §. 1. Si is, qui test. (47. 2.).) War der Sklave legirt, so hat der Erbe gegen den Legatar eine act. ad exhibendum, war er im Testament frei gelassen, so gab der Prätor gegen ihn eine Klage, welche, wie es in der angeführten Stelle heißt, naturalem potius in se, quam civilem habet aequitatem.

furti anstellen kann, und diese Anwendung jener Auffassung wird uns auch in mehren Stellen bestätigt, so z. B. in der l. 64. de furtis (47. 2.) von Neratius . . furti ejus servi nomine aget cum eo (legatario) Titius (heres), quia neque tunc, cum faceret furtum, ejus fuit; . . . neque post aditam quidem hereditatem Titii factus est, quia ea, quae legantur, recta via ab eo, qui legavit, ad eum, cui legata sunt, transeunt, in der l. 40. de nox. act. (9. 4.) von Julian, in der l. 44. §. 2. de furtis (47. 2.) von Pomponius . . furti actio adversus eum (servum, qui testamento domini manumissus est) competit, quia nullo tempore heres dominus ejus factus est. Dagegen äußert sich Gajus in der l. 70. pr. de leg. I. (30.) auf eine Weise, woraus hervorgeht, daß er die act. furti dem Erben der Strenge nach nicht zugestehen will, also annimmt, daß der Erbe während der her. jac. Eigenthümer des Sklaven gewesen sei. Non est iniquum, sagt er, talem servum tibi (legatario) tradi, qualis apud Titium (testatorem) fuit, i. e. ut me indemnem praestes furti nomine, quod is fecerit apud Titium. Der Sklave hatte hier zwar schon bei Lebzeiten des Erblassers den Diebstahl verübt, allein das Bedenken, dem Gajus hier nicht anders als mit der aequitas („non iniquum est") zu begegnen weiß, konnte hier nur in der Annahme bestehen, daß der Erbe rückwärts während der her. jac. Eigenthümer des Sklaven geworden, die act. furti mithin der Strenge nach untergegangen sei. Daß Gajus noch von dieser Annahme ausging, geht nicht blos aus der bereits oft benutzten l. 28. §. 4. de stip. serv. (45. 3.) hervor, sondern auch aus dem §. 1. der eben citirten Stelle [1]). Hier rechtfertigt er die im Anfang derseben gegebene Entscheidung mit folgender: Nam et si fundus, qui meo fundo serviebat, tibi legatus fuerit, non aliter a me tibi praestari debeat, quam ut pristinam servitutem recipiam. Indem

1) Auch an der l. 55. §. 1. de leg. II. (31.) verglichen mit der l. 52. de her. inst. (28. 5.) haben wir oben S. 204 gesehen, daß Gajus in unserer Lehre einen eigenthümlichen Standpunkt einnimmt.

er von einem recipere der Servitut spricht und von demselben die Leistung des Legats abhängig macht, hat er eben damit eine Consolidation der dem Erben zustehenden Servitut und des Eigenthums des dienenden Grundstücks angenommen, mit andern Worten dem Erben während der her. jac. rückwärts das Eigenthum der legirten Sache zugesprochen. Allein nach der bereits lange vor ihm von Neratius ausgesprochenen und zu seiner Zeit allgemein herrschenden Theorie: recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transit, numquam factum heredis, mußte man ja sagen: wenn dem Erben eine Servitut an dem Grundstück des Erblassers zustand oder letzterem an dem seinigen, so ist durch die Antretung der Erbschaft keine Consolidation eingetreten, mithin kann von keinem recipere der Servitut die Rede sein, sondern der Erbe tradirt das legirte Grundstück ganz so wie es beim Erblasser war, ohne daß er sich deshalb irgend etwas auszumachen brauchte. Die Entscheidung des Gajus ist daher vom Standpunkt seiner Zeit aus eine unrichtige zu nennen. Merkwürdiger Weise hat sich noch ein Jurist der späteren Zeit, Florentinus denselben Verstoß zu Schulden kommen lassen. In der l. 116. §. 4. de leg. I. (30.) sagt er: fundus legatus talis dari debet, qualis relictus est, itaque sive ipse fundo heredis servitutem debuit sive ei fundus heredis, licet confusione dominii servitus exstincta sit, pristinum jus restituendum est, et nisi legatarius imponi servitutem patiatur, petenti ei legatum exceptio doli mali opponetur; si vero fundo legato servitus non restituetur, actio ex testamento superest. Bedenkt man nun, daß er den vorhergehenden Paragraphen mit den Worten schließt: hereditas personae defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur, so thut man wohl nicht unrecht, wenn man ihn einer Gedankenlosigkeit beschuldigt. Er so wie Gajus bieten einen sprechenden Beleg zu der S. 207 aufgestellten Behauptung, daß uns bei der römischen Jurisprudenz in der Lehre von der her. jac. nicht selten eine gewisse zu Widersprüchen führende Unklarheit

der Ansicht entgegentritt. Beide bezeichnen als geltend die Fiction des neueren Rechts [1]) und erwähnen daneben nicht blos die des älteren Rechts [2]), so daß man diesen Widerspruch dadurch heben könnte, daß man ihr den oben S. 209 angegebenen nichtssagenden Sinn unterlegt, sondern sie wenden dieselbe im alten Sinn an. Der Widerspruch, in welchem das Resultat dieser Anwendung zur Praxis stand, wird dann durch eine andere Willkürlichkeit beseitigt — durch die aequitas, und so müssen zwei Inconsequenzen gewaltsam zu einem Ziele führen, das man ganz einfach durch Consequenz hätte erreichen können.

Das Resultat der bisherigen Erörterung ist, daß der Erbe nach neuerem römischen Recht nicht rückwärts während der her. jac. als Eigenthümer der Sachen angesehen wird, welche mit Antretung der Erbschaft aus derselben ausscheiden.

b) Dasselbe gilt von den Sachen, welche ihm selbst verbleiben. Die hereditas, welche bis vor der Antretung als Eigenthümerin angesehen ward, bleibt es für jenen Zeitraum auch jetzt noch. Zum Beweise dieser Behauptung verweise ich auf die im Verlaufe der Darstellung, namentlich auf S. 193 f. benutzten Stellen [3]), und außerdem auf l. 8. de reb. cred. (12. 1.) Pompon.: . . . „heredis ex die aditae hereditatis nummi fuisse videntur", und auf l. 36. §. 2. de her. pet. (5. 3.). In dieser Stelle behandelt Paulus den Fall, wenn der Besitzer der Erbschaft einen erbschaftlichen Sklaven getödtet hatte. War es vor Antretung der Erbschaft geschehen, so soll der Erbe nach der von Pomponius aufgestellten und von Paulus gebilligten Ansicht die Wahl haben zwischen der hereditatis petitio und der act. legis Aquiliae; war es nachher geschehen, so soll er lediglich die act. leg. Aq. anstellen können, „nam ipsius actio propria effecta est nec

1) S. oben S. 186 u. 187.

2) S. oben S. 167 — 169.

3) S. auch die unten mitgetheilte l. 16 de stip. serv. (45. 3.) und pr. I. de stip. serv. (3. 17.)

veniet in hereditatis petitionem“, d. h. mit anderen Worten, der Sklave steht für die Zeit nach Antretung der Erbschaft in einem anderen Verhältniß zum Erben, als rückwärts für die Zeit der her. jac., und diese Verschiedenheit könnte nicht Statt finden, wenn man die rückwirkende Fiction anwenden wollte.

Einen anderen Beleg haben wir schon oben (S. 179) kennen lernen. Er betraf die Frage, ob ein erbschaftlicher Sklave dem zukünftigen Erben stipuliren könne? Diese Frage ward nun mit Recht von Cassius in der l. 28. §. 4. de stip. serv. (45. 3.) bejaht, weil zu seiner Zeit ausschließlich die rückwirkende Fiction galt, allein ein Widerspruch war es, wenn Gajus in jener Stelle und Modestinus in der l. 35. ibid. dies billigten. Am überraschendsten ist dies von Modestinus, denn zu seiner Zeit hatte sich nicht blos das Verhältniß der älteren zur neueren Fiction festgestellt, sondern jene Frage selbst war auch von zwei seiner bedeutendsten Vorgänger bestimmt genug verneint, von Papinian in l. 18. §. 2. ibid. (nihil acquisitum videtur), quomodo si servus hereditarius defuncto aut etiam heredi futuro stipulatus fuisset; von Paulus in l. 16. ibid.: servus hereditarius futuro heredi nominatim dari stipulatus nihil agit: quia stipulationis tempore heres dominus ejus non fuit, und in der l. 27. §. ult. de pact. (2. 14.): servus heredi post adituro nominatim pacisci non potest, quia nondum is dominus sit; sed si in rem pactum conventum factum sit, heredi acquiri potest[1]). Modestinus geht in

1) Gewöhnlich behauptet man, daß über diese Frage gar keine Meinungsverschiedenheit unter den römischen Juristen existirt habe. Darüber seien sie einverstanden gewesen, daß der Sklave in der Weise hätte stipuliren können: spondesne heredi futuro centum dare? und Paulus und Papinian hätten nur bemerken wollen, daß der Sklave in der Formel den Erben nicht namentlich hätte bezeichnen dürfen — was aber die übrigen Juristen auch nicht behauptet hätten. Diese Distinction ist aber nicht blos eine willkührliche, in jenen Stellen durch nichts angedeu-

jener Stelle sogar so weit, beide Fictionen bei unserer Frage zur Anwendung zu bringen. Servus hereditarius, sagt er, et heredi futuro et *hereditati* recte stipulatur. Er fand beide vor; unentschlossen, welcher von beiden er praktische Realität zugestehen sollte, machte er es sich bequem und gab sie beiden — ein Verfahren, das freilich in diesem Falle keinen praktischen Nachtheil hatte, wohl aber in vielen andern. Man nehme z. B. den Fall, daß der Erbe eine Sache des Erblassers, die er bona fide besaß, vor Antretung der Erbschaft verkaufte. Wenn er nun die Erbschaft antritt, so giebt die Anwendung der älteren Fiction das Resultat, daß der Käufer rückwärts Eigenthümer geworden ist, die der neueren, daß er es überhaupt nicht ist.

Das Resultat der bisherigen Erörterung ist, daß der Erbe nach neuerem römischen Recht nicht rückwärts in das Eigenthum des Erblassers succedirt. Dasselbe wollen wir jetzt

2) hinsichtlich der obligatorischen Verhältnisse des Erblassers darthun, und zwar zunächst

a) hinsichtlich der *Schulden* des Erblassers; also, daß die her. jac. auch nach Antretung der Erbschaft für den Zeitraum ihrer Existenz als Schuldnerin angesehen wird. Dieser Gesichtspunkt tritt in folgenden Entscheidungen unserer Quellen hervor. Zuerst in der des Paulus in l. 21. §. 1. de neg. gest. (3. 5.): Qui negotia hereditaria gerit, *quodammodo sibi hereditatem seque ei obligat* ideoque nihil refert, an etiam pupillus heres existat, quia id aes alienum cum caeteris hereditariis oneribus ad eum transit. Hätte Paulus hier die rückwirkende Fiction zur Anwendung bringen wollen, so wäre es allerdings von Einfluß gewesen, ob ein Pupill oder ein Anderer Erbe geworden wäre. Denn im ersten

tete, sondern sie ist falsch, wie dies aus der angeführten l. 27. §. ult. de pact. (2. 14.) hervorgeht. Paulus erklärte hier nur das Pactum für gültig, welches in rem abgefaßt war, verwarf damit also dasjenige, welches auf den „heres futurus" gerichtet war.

Falle müßte man vermöge jener Fiction sagen: es sind die negotia eines Pupillen sine tutoris auctoritate gerirt, mithin haftet er nur bis auf die Bereicherung [1]). Einen anderen Beleg für unseren Beweissatz giebt uns Pomponius in der l. 25. de solut. (46. 3.). Da wir diese Stelle schon S. 180 u. f. erklärt und benutzt haben, so möge es hier genügen auf die obige Darstellung zu verweisen.

Dagegen scheint Ulpian in der l. 7. §. 27. de pact. (2. 14.) die rückwirkende Fiction zur Anwendung zu bringen. Er sagt hier: si ante aditam hereditatem paciscatur quis cum creditoribus, ut minus solvatur, pactum valiturum est. Man könnte diese Stelle nämlich auf folgende Weise gegen uns benutzen. Wenn jener Vertrag aufrecht erhalten wird, so setzt das voraus, daß man zur Zeit seines Abschlusses den Erben für den Schuldner ansieht; denn thut man es nicht, so giebt man damit ja zu, daß jener Vertrag eine fremde Schuld betraf, mithin nichtig ist. Ulpian hat also, indem er ihn für gültig erklärt, die rückwirkende Fiction angewandt. Allein dieser Schluß ist voreilig, denn die Gültigkeit eines Pactums ist ja nicht davon abhängig, daß der Gegenstand, über den es geschlossen wird, schon jetzt existirt; es kann auch bedingt auf den Fall der künftigen Existenz geschlossen werden. Läßt sich für eine künftige nicht einmal bedingterweise existirende Schuld ein Pfand bestellen [2]), das ja bekanntlich die Existenz der Hauptforderung voraussetzt, so sieht man nicht ein, wa-

1) L. 37. pr. de neg. gest. (3. 5.) Paulus: Litis contestatae tempore quaeri solet, an pupillus, cujus sine tutoris auctoritate negotia gesta sunt, locupletior sit ex ea re factus, cujus patitur actionem. L. 6. pr. ibid.

2) L. 4. Quae res pign. (20. 3.) Ebenso ein Bürge l. 50. pr. de pecul. (15. 1.) . . . Sed fidejussorem datum eo tempore, quo nihil in peculio est, teneri putat Julianus, quoniam fidejussor futurae quoque actionis accipi possit, si tamen sic acceptus est. L. 6. §. 2. de fidej. (46. 1.) Adhiberi autem fidejussor tam futurae quam praecedenti obligationi potest, dummodo sit aliqua vel naturalis futura obligatio.

rum sich nicht auch ebenso darüber pacisciren läßt, und wenn in jenem Fall die Pfandbestellung gültig ist, ungeachtet der Eintritt jener Schuld keine rückwirkende Kraft hat, so muß auch unser Pactum zu Rechte bestehen können, ohne daß wir deshalb einer rückwirkenden Fiction bedürften. Nur datirt sich die Wirksamkeit des Pactums, wie dort des Pfandrechts, erst vom Augenblick des Eintritts der Schuld — eine nothwendige Folge davon, daß letztere selbst keine rückwirkende Kraft hat. Die citirte Stelle steht uns also nicht entgegen. Wohl würde sie es, wenn die Gläubiger statt eines pact. de non petendo eine acceptilatio geschlossen hätten, und Ulpian diese für wirksam erklärte. Denn eine accept. setzt eine Schuld voraus, sei es nun daß sie jetzt schon unbedingt existirt oder nach Eintritt der Bedingung rückwärts als jetzt existirend angesehen wird. Eine obligatio futura kann aber nicht acceptilirt werden, denn da sie bei ihrem Eintritt nicht zurück datirt wird, so hat sie nie vor der accept. existirt, kann also durch dieselbe auch nicht w i e d e r a u f g e h o b e n werden. Wenn also in unsern Quellen eine zur Zeit der her. jac. [1]) zwischen dem Erben und einem erbschaftlichen Gläubiger vorgenommene accept. für gültig erklärt würde [2]), so wäre damit die Priorität der acceptilirten Schuld und mithin die rückwirkende Kraft der Antretung der Erbschaft ausgesprochen. Da nun die rückwirkende Fiction von der späteren Jurisprudenz nicht angewandt wird, so müssen wir umgekehrt auch die Gültigkeit jener Acceptilation in Abrede stellen.

Also die her. jac. ist Schuldnerin und bleibt es für die Vergangenheit auch nach Antretung der Erbschaft; der Erbe

---

1) Man muß natürlich hier an einen Fall denken, wo jene Acceptilation zur Antretung der Erbschaft nicht genügen würde, z. B. weil der Erblasser eine Antretung durch cretio vorgeschrieben hatte.

2) Aehnlich wie Labeo und Javolen in der l. 20. §. 1. de cond. inst. (28. 7.) eine von Seiten des Erben vor Antretung der Erbschaft vorgenommene Manumission eines erbschaftlichen Sklaven für wirksam erklärten. S. oben S. 180 u. f.

ist nur mittelbar durch sie Schuldner geworden — er und sie sind für jenen Zeitraum sowohl vor als nach Beendigung desselben zwei verschiedene Subjecte. Wir wollen dies Princip noch auf einige Fälle anwenden, über die unsere Quellen freilich schweigen.

1) Der Erblasser hatte eine Frau zur Erbin eingesetzt, nach seinem Tode bestellt dieselbe vor Antretung der Erbschaft[1]) für eine erbschaftliche Schuld ein Pfand, später erst tritt sie an. Dürfte man die rückwirkende Fiction anwenden, so wäre das Pfand gültig, weil es dann ja für die eigne Schuld der Frau bestellt worden wäre, allein da ersteres unzulässig ist, so hat die Frau für eine fremde Schuld intercedirt, mithin ist die Verpfändung unwirksam.

2) Während der her. jac. verbürgt sich der Erbe für eine natürliche Verbindlichkeit des Erblassers. Die Bürgschaft bleibt auch nach der Antretung gültig[2]), während sie nach der rückwirkenden Fiction gar nicht hätte entstehen können, weil sich Niemand für sich selbst verbürgen kann[3]). — Daher bleibt denn auch der Afterbürge nach Antretung der Erbschaft verhaftet, während er nach jener Fiction rückwärts frei würde, indem ja die Bürgschaft des Erben selbst nichtig gewesen wäre.

3) Der Erbe war Gläubiger des Verstorbenen und cedirt während der her. jac. seine Klage einem Dritten. Vermöge jener Fiction wäre die Cession nichtig gewesen, weil nach ihr die Forderung bereits vorher durch Confusion untergegangen wäre[4]). Nach unserer Ansicht aber ist die Cession gültig.

---

1) Also darf in der Handlung selbst keine pro herede gestio liegen. Außer dem auf der vorigen Seite Note 1 angeführten unpraktischen Fall denke man hier an den, daß der Erbe die Delation noch nicht kannte oder sich gegen die Antretung verwahrte.

2) L. 95. §. 3. de solut. (46. 3.)

3) L. 21. §. 2. de fidej. (45. 1.) . . . . . sin vero in naturalem suam (obligationem fidejussit), potius ut nihil agatur; non enim intelligi posse, ut quis pro se fidejubendo obligetur.

4) Dies hätten Gajus und Florentinus in Gemäßheit ihrer Entscheidungen in l. 70. §. 1. u. l. 116. §. 4. de leg. l. (30.) behaupten müssen.

Wir haben also gesehen, daß der Erbe nicht rückwärts in die Schulden des Erblassers succedirt, und wollen dasselbe jetzt

b) auch hinsichtlich der Forderungen desselben zeigen. Also auch nach Antretung der Erbschaft gilt die her. jac. für die Zeit ihrer Existenz als Trägerin jener Forderungen.

Zum Beweise dieser Behauptung berufe ich mich zunächst auf die bereits oben S. 180 u. f. benutzte und deswegen hier nicht weiter zu erörternde l. 36 de solut. (46. 3.).

Einen andern Beleg bietet l. 1. §. 6. de injur. (47. 10.) Ulp.: Quotiens autem funeri testatoris vel cadaveri fit injuria, si quidem post aditam hereditatem fiat, dicendum est heredi quodammodo factam: semper enim heredis interest defuncti existimationem purgare; quotiens autem ante aditam hereditatem, magis hereditati et sic heredi per hereditatem acquiri. Denique Julianus scribit, si corpus testatoris ante aditam hereditatem detentum est, adquiri hereditati actiones dubium non esse. Idemque putat et si ante aditam hereditatem servo hereditario injuria facta fuerit: nam per hereditatem actio heredi acquiritur.

Es würde zwar in unserm Falle praktisch keinen Unterschied machen, ob man, wenn das Delict vor Antretung der Erbschaft geschehen war, mit Ulpian sagt: hereditati facta est injuria et per hereditatem heredi, oder ob man unter Anwendung der rückwirkenden Fiction behaupten wollte, das Delict sei unmittelbar gegen den Erben verübt. Allein die Stelle beweist, was sie soll, daß nämlich nach neuerem Recht der Erbe nicht vermöge jener Fiction unmittelbar, sondern mittelbar durch die her. jac. dem Erblasser folgt. Ich will hiermit den Beweis meiner letzten Behauptung schließen, zumal da die Richtigkeit derselben sich auch ohne ein specielles Zeugniß aus den Resultaten der früheren Darstellung ergeben würde. Wir haben also gesehen, daß die Antretung der Erbschaft keine rückwirkende Kraft hat. Eine wichtige Consequenz

dieses Satzes ist die, daß die Handlungen des Erben vor Antretung der Erbschaft durch letztere rückwärts keinen anderen Charakter erhalten, sondern auch jetzt noch für die Vergangenheit ganz so beurtheilt werden müssen, wie vorher. Diese Consequenz haben wir schon in einigen bereits benutzten Stellen, z. B. der l. 25, 36. de solut. (46. 3.) anerkannt gefunden; wir wollen jetzt noch einige andere hinzufügen, zuerst die von Ulpian herrührende l. 1. §. 11. quod legat. (43. 3.). Der Erbe hat bekanntlich das interd. quod legatorum, wenn die Legatare sich eigenmächtig in den Besitz der legirten Sachen gesetzt haben, es sei denn daß der Erbe es ihnen nach Antretung der Erbschaft erlaubt hätte. Das Edict beschränkt zwar diese Erlaubniß nicht ausdrücklich auf den angegebenen Zeitpunkt, sondern sagt allgemein: Quod quis legatorum nomine „non ex voluntate ejus, ad quem ea res pertinet, occupavit", allein mit Recht stellt Ulpian in der angeführten Stelle jene Beschränkung auf. Quod ait Praetor, heißt es hier, „voluntate ejus, ad quem ea res pertinet" ita erit interpretandum, ut, si post aditam hereditatem vel bonorum possessionem agnitam voluntas accommodata est legatario, ut possideret, Interdictum cesset: quod si ante aditam hereditatem bonorumve possessionem agnitam hoc factum est, rectius dicetur eam voluntatem non nocere debere. Vor Antretung der Erbschaft ist nämlich der Erbe nicht der, ad quem ea res pertinet, seine Erlaubniß kann mithin die Legatare nicht zur Besitznahme autorisiren. Hätte Ulpian nun der Antretung der Erbschaft rückwirkende Kraft beigelegt, so würde der Erbe rückwärts is, ad quem ea res pertinet, werden, die Ertheilung seiner Erlaubniß also relevant gewesen sein und er das Interdict nicht anstellen können.

Ein anderes Beispiel giebt Ulpian in der l. 3. §. 1. de pecul. (15. 1.): Unde Labeo scribit, et si secundo tertiove gradu substitutus sit servus et deliberantibus primis heredibus cum eo contractum sit, mox repudiantibus eis ipse liber

heresque exstiterit, posse dici, de peculio eum conveniri et de in rem verso. Wenn man die rückwirkende Fiction streng durchführen wollte, so mußte man sagen: zu der Zeit, als der Sklave den Vertrag abschloß, war er bereits Erbe; da er nun, weil er damals kein Sklave mehr war, auch kein Pekulium mehr haben konnte, so ist die act. de peculio gegen ihn unzulässig. Nach Ulpian blieb aber der Sklave, auch nachdem er Erbe geworden war, für die Vergangenheit das, was er war — Sklave. Diesen Grundsatz wendet er auch in der l. 7. §. 18. de pact. (2. 14.) an. Der Sklave hatte hier während der her. jac. mit den erbschaftlichen Gläubigern einen Nachlaßvertrag abgeschlossen, und es fragte sich, ob er daraus später, wenn er von den Gläubigern belangt würde, die exc. pacti entgegensetzen könne. Ulpian verneint diese Frage, „quoniam non solet ei proficere, si quid in servitute egit, post libertatem", und will ihm nur die exc. doli geben. Daraus folgt also wieder, daß Ulpian den Sklaven nicht rückwärts für den Erben ansah [1]).

Wir haben also gesehen, daß die Regel: qui postea heres exstitit, videtur ex mortis tempore defuncto successisse, im neueren römischen Recht keine praktische Anwendbarkeit mehr hat, wenn gleich die Macht des Traditionellen bei einer so conservativen Jurisprudenz, wie es die römische war, ihr so wie vielen andern der Sache nach antiquirten Rechtssätzen noch ein theoretisches Scheinleben rettete. Sie sowohl wie die Lehre von der Herrenlosigkeit der erbschaftlichen Sachen sind Erbstücke, die man aus Pietät mitschleppte, ohne je, wenig=

1) Diese Entscheidung ist aber in einer andern Beziehung unrichtig, denn das pactum wurde zwar nicht durch die rückwirkende Fiction aufrecht erhalten, wohl aber durch die Fiction, daß die hereditas loco domini sei. So gut wie der Sklave, nachdem er Erbe geworden ist, die Stipulationen und Verträge der übrigen erbschaftlichen Sklaven geltend machen konnte, ebensogut konnte er auch als späterer Herr der hereditas alles, was er früher als Sklave derselben ihr erwarb, in Anspruch nehmen.

stens wenn man sich nicht einen Widerspruch zu Schulden kommen lassen wollte, wie es ja einige Juristen thaten, einen wahren Gebrauch davon machen zu können. Will man nun die ältere Fiction, wie es die römischen Juristen nach Julian auch thun müssen, in dem Sinn aufrecht halten, daß man sagt, die Antretung der Erbschaft wirkt mittelbar durch die Fiction der her. jac. bis auf den Tod des Erblassers zurück, so hat man sie in der That negirt und letztere Fiction als die den Zeitraum der her. jac. beherrschende anerkannt. Deswegen sollte man der Wahrheit die Ehre geben und jene Regel völlig aufgeben; um so eher, als sich sonst die Erscheinung, die wir bei einigen römischen Juristen antrafen, auch heut zu Tage wiederholen könnte — daß nämlich eine Regel, die ihre frühere Wahrheit verloren und dafür einen Sinn bekommen hat, der eben so wenig in den Worten liegt, als er nichtssagend ist, unbewußt wieder in ihrer früheren Bedeutung angewandt würde. Wir wenden uns denn jetzt der dogmatischen Betrachtung der im neuern römischen Recht ausschließlich geltenden Fiction zu.

VI.

Dogmatische Bestimmung der neueren Fiction.

Die Aufgabe, die wir jetzt zu lösen haben, besteht darin, etwas nachzuholen, was die römischen Juristen nicht gethan haben, uns nämlich den Umfang unserer Fiction und die Natur der her. jac. zum Bewußtsein zu bringen. Was ist letztere? Repräsentantin des Erblassers, antworten die römischen Juristen. Allein wie weit? Die Antwort ist, „in multis partibus juris, in quibusdam, in plerisque“ [1]). Damit ist natürlich so viel wie nichts gewonnen. Ist die hereditas eine juristische Person? Der eine bejaht es [2]), der andere verneint

1) S. oben S. 190 u. f.

2) Florentinus in der l. 22. de fidej. (64. 1.)

es [1]). Auch durch unsere neueren Juristen ist der Begriff nicht viel weiter gefördert, man begnügt sich damit, die her. jac. für eine juristische Person zu erklären oder es zu läugnen (s. oben S. 191), spricht von der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers, allein eine bestimmte Begränzung dieses Begriffs vermißt man. Ich will, indem ich die bisherige Auffassung für ungenügend erkläre, damit durchaus nicht gesagt haben, daß ich die richtige gefunden zu haben vermeinte, sondern nur das Bedürfniß einer umfassenden Bearbeitung unserer Frage hervorheben und damit dem Versuche, diesem Bedürfniß zu entsprechen, ein Interesse sowohl wie eine nachsichtige Aufnahme zu sichern suchen.

Die Grundlage, auf der sich die Begriffsbestimmung der her. jac. erheben muß, sind weniger die einzelnen Aussprüche und Entscheidungen unserer Quellen, als die ganze Structur des Erbrechts, die ja auch für die römische Jurisprudenz den einzigen Ausgangspunkt bildete. Sobald wir nur zu denselben Resultaten kommen, haben wir übrigens in der Begründung derselben, in der Feststellung des ihnen zu Grunde liegenden Gesichtspunktes freie Hand. Wir werden auf diesem Wege, gerade weil wir unsern Ausgangspunkt mit den römischen Juristen theilen, am sichersten zum Verständniß ihrer Ansichten gelangen können. Wenn man aber, anstatt letztere nur als Versuche zu betrachten, die uns nicht binden, das Wesen der her. jac., wie es wohl geschieht, lediglich durch den Ausspruch eines römischen Juristen bestimmen will, so läßt sich mittelst einer solchen Beweisart auch das Gegentheil jeder Ansicht darthun, z. B. bei der Frage, ob die her. jac. eine juristische Person ist. Durch Anwendung der bezeichneten Methode werden wir hingegen diese Widersprüche zu lösen im Stande sein, indem wir nämlich finden werden, nach welcher

1) Hermogenianus in der l. 61. §. 1. de A. R. D. (41. 1.) Ususfructus, qui sine persona constitui non potest, hereditati per servum non acquiritur. Paulus in l. 26. de stip. serv. (45. 3.) Ususfructus sine persona esse non potest et ideo servus hereditarius u. s. w.

Seite hin die einzelnen Aussprüche wahr sind. Der erste Schritt, den wir zu machen haben, besteht darin, den Sinn und Umfang unserer Fiction gegen die gröbsten Mißverständnisse und verkehrten Anwendungen, die sich einige neuere Juristen haben zu Schulden kommen lassen, festzustellen. Die Ausdrücke der römischen Juristen: hereditas personam defuncti, vicem personae defuncti sustinet, defuncti locum obtinet sind nämlich wohl so übersetzt, das römische Recht fingire, der Verstorbene lebe noch [1]). Das hieße denn mit anderen Worten, auch diejenigen Rechtsverhältnisse, welche auf den Erben nicht übergehen, dauerten während der her. jac. fort. Man sollte kaum glauben, daß unsere Fiction je in diesem handgreiflich falschen Sinn angewandt sei, und dennoch ist es geschehen. Ein Beispiel bietet uns Finestres [2]), der selbst ausführlich über sie geschrieben hat [3]), und bei dem ein solcher Mißgriff auch abgesehen davon immer überraschend bleibt [4]). Die l. 4. Cod. expil. hered. (9. 32.) [5]) will er mittelst unserer Fiction auf folgende Weise erklären. Maritum, sagt er, quodammodo superstitem videri, unde efficitur, ut subtili ratione rerum hereditariarum expilatio ipso marito

1) J. B. Höpfner Commentar §. 542. Auch Roßhirt im Archiv für civilistische Praxis B. 10. S. 320. meint: „der Verstorbene werde in vielfachen Beziehungen als noch lebend fingirt, in andern nicht z. B. in der Lehre vom Besitz, weshalb eine Erbschaft auch keinen Besitz haben könne."

2) Comment. in Hermogeniani juris epitomarum lib. VI. Cerv. Laut. 1757. pr. 652.

3) S. die oben S. 149. angeführte Schrift desselben.

4) Ein anderes Beispiel ist mir begegnet, ich weiß aber nicht mehr, bei wem, wo die wunderliche Ansicht vertheidigt wurde, ein nicht vererbliches Privilegium daure noch während der her. jac. fort, „quia hereditas personam defuncti sustinet!"

5) Adversus uxorem, quae socia rei humanae atque divinae domus suscipitur, mariti diem suum functi successores expilatae hereditatis crimen intendere non possunt, et ideo res, quas per eandem abesse quereris competenti in rem actione . . . . . persequere u. s. w.

facta intelligatur atque etiam nunc quodammodo durare pristinam vitae societatem, cui honor debeatur ad effectum, ne uxor pro rebus subtractis teneatur actione famosa vel poenali. Darin hat Finestres allerdings Recht, daß die Beraubung des Nachlasses gegen die Persönlichkeit des Erblassers gerichtet ist, soweit dieselbe durch die hereditas repräsentirt ist, allein der Fehler besteht darin, daß er die Persönlichkeit des Erblassers nach einer Seite hin fortdauern läßt, nach der sie vollkommen untergegangen ist und mithin auch nicht durch die hereditas repräsentirt wird, daß er mit andern Worten die hereditas als Mann der expilirenden Frau auffaßt.

Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß die Römer nie daran gedacht haben, den Erblasser noch während der her. jac. fortleben zu lassen[1]), also die Wirkungen des Todes bis auf die Antretung der Erbschaft zu suspendiren, vielmehr geht kein Rechtsverhältniß auf die her. jac. über, das nicht überhaupt vererblich ist[2]), oder mit andern Worten die Persönlichkeit des Erblassers dauert nur nach der Seite und nur so weit in der her. jac. fort, nach der und in wieweit sie überhaupt auf den Erben übergeht.

Gehn wir jetzt einen Schritt weiter. Wird fingirt, der Verstorbene lebe nach dieser Seite in der hereditas fort, so daß er das Subject der Rechte wäre, oder aber die hereditas nehme nur seine Stelle ein, so daß sie das Subject wäre? Wir können die Frage auch so stellen: ist oder hat die her. jac. die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers? Der Unterschied wird deutlich werden, wenn wir statt der hered. einmal den Erben setzen. Letzterer hat jene Persönlichkeit in sich aufgenommen, und es läßt sich von ihm eben so gut wie

---

1) S. z. B. l. 18. §. 2. de stip. serv. (45. 3.) . . nihil agetur, quomodo si servus hereditarius defuncto stipulatus fuisset. L. 41. de R. Cred. (12. 1.) l. 43. pr. de adm. et per. (26. 7.): Cum post mortem pupilli desinit esse nomen idoneum, tutor periculo eximitur.

2) Hereditas in heredem id transfundit, quod fuit hereditatis (l. 1. §. 15. Si is, qui test. (47. 4.).)

von der hereditas sagen, locum defuncti obtinet, allein dennoch ist er ein ganz anderes Subject. Jene Frage ist für uns die Cardinalfrage. Die Antwort darauf können wir aber, da die römischen Juristen sie uns nicht direct geben, nur auf indirectem Wege finden, nämlich dadurch, daß wir jene beiden auf die her. jac. anwendbaren Gesichtspunkte in ihren Consequenzen durchführen und daran bestimmen, welcher von beiden die Theorie der römischen Juristen in ihren Resultaten deckt. Wir wollen, bevor wir uns der Beantwortung jener Frage zuwenden, eine allgemeine Betrachtung über den Begriff der Persönlichkeit vorausschicken.

Die Persönlichkeit ist ganz unabhängig vom Vermögen. Wie aber die Existenz der Person, so ist auch der Erwerb von Vermögensobjecten nicht durch ein bereits vorhandenes Vermögen bedingt, sondern die Persönlichkeit selbst hat eine producirende Kraft. Diese Persönlichkeit aber, die wir die actuelle nennen wollen, geht mit dem natürlichen oder bürgerlichen Tode völlig unter, auf den Erben wird nur der Niederschlag derselben, der Inbegriff der Rechtsverhältnisse, die sie angesetzt hat, transmittirt; wir wollen dieses Object die substantiirte Persönlichkeit nennen. Der Erbe succedirt aber nicht blos nicht in die actuelle Persönlichkeit des Erblassers, in seine Rechtsfähigkeit, sondern auch nicht in die concreten Rechte, welche mit jener Persönlichkeit verknüpft waren und die nur durch einen Willensact derselben ins Vermögen gebracht werden konnten, es geht z. B. die dem Verstorbenen zustehende, aber von ihm noch nicht angestellte act. injuriarum nicht auf den Erben über. Die Thatsache, aus der sie entsprang, war gegen die actuelle Persönlichkeit des Erblassers gerichtet, und diese Klage selbst enthält nur ein Mittel, letztere in ihrer Integrität wieder herzustellen. Sobald aber der Erblasser von diesem Mittel keinen Gebrauch gemacht hat, liegt es außerhalb der Sphäre des Vermögens, und kann eben deshalb nicht mit letzterem auf den Erben übergehen. Aehnlich verhält es sich mit einer dem Verstorbenen deferirten Erbschaft, wenn hier

gleich eine Transmission derselben unter gewissen Voraussetzungen contra rationem juris zugelassen ist. Auch der ususfructus enthält nichts als das der Person deferirte Recht, etwas, was noch nicht zum Vermögen gehört, in dasselbe zu bringen, geht deshalb mit der Person unter. Bei welchen einzelnen Rechten dieser Gesichtspunkt eintreten soll, ist Sache des positiven Rechts; bei den meisten Rechten findet er bekanntlich nicht Statt [1]. Auf den Erben gehen also weder die actuelle Persönlichkeit des Erblassers, noch die einzelnen lediglich mit ihr zusammenhängenden Rechte über, sondern blos die substantiirte Persönlichkeit des Erblassers, d. h. der Inbegriff der vererblichen Rechtsverhältnisse, seien es nun Rechte oder Schulden. Daraus folgt, daß keine Erbschaft denkbar ist, wo keine vererblichen Rechtsverhältnisse existiren, also wenn z. B. Jemand, der weder Schulden, noch Forderungen hatte und sein sämmtliches Vermögen bei sich führte, durch Schiffbruch umkam, und von seinen Sachen nichts gerettet ist. Hier ist alles, was er war und hatte, mit ihm untergegangen. Also die Persönlichkeit Jemandes geht auf den Erben über, so weit sie sich substantiirt hat, gesetzt, daß dies auch blos nach der passiven Seite der Fall war. Wenn sie nun auf den Erben übergeht, so nimmt sie ihre Stellung wieder ein, die sie beim Erblasser hatte, nämlich ihre Abhängigkeit von der actuellen Persönlichkeit. Sie erhält wieder ihre natürliche Function, ein Mittel zu sein für die Bedürfnisse und Bewegungen der freien Persönlichkeit. So wenig wie sie im Erblasser eines selbstständigen Daseins genoß, so wenig hat sie es im Erben; — in beiden sind die von uns unterschiedenen Theile der Persönlichkeit eins, und die einzige Veränderung

1) Eine auf den Erben übergehende Klage scheint freilich auch blos ein Mittel zu sein, etwas ins Vermögen zu bringen, was man noch nicht hat, allein dies ist nur scheinbar. Denn durch Anstellung der Klage producirt man nichts, was früher noch nicht dem Vermögen angehörte, sondern man wechselt nur ein Object gegen das andere ein, den schuldigen Gegenstand gegen sein Surrogat, die Klage.

besteht blos im Wechsel des Subjects. Allein wie verhält es sich mit jener substantiirten Persönlichkeit während der her. jac.? — Besteht sie hier allein, also selbstständig, oder hat sie auch hier wie beim Erblasser und Erben ein actuelles Subject an der Spitze? Diese Frage, die wir oben in anderer Form ausgedrückt haben, soll jetzt beantwortet werden. Der Kürze wegen wollen wir die actuelle Persönlichkeit des Erblassers mit A, die des Erben mit B, die noch fragliche der her. jac. mit X, die substantiirte Persönlichkeit des Erblassers mit a, die noch fragliche der her. jac. mit x bezeichnen. Wir haben nun gesehen, daß a weder in A, noch in B selbstständig ist, es frägt sich, ob dies während der her. jac. der Fall ist, oder ob hier ein X existirt, in dem a aufgeht und von dem dann mit Antretung der Erbschaft x auf A übergeht. Letzteres ist der Fall, wenn wir die her. jac. als juristische Person auffassen; ersteres, wenn wir es nicht thun. Von diesen beiden Möglichkeiten wollen wir nun zunächst die erstere betrachten.

Wir fassen also die her. jac. als juristische Person auf. Wie stellt sich jetzt der Erbgang? A geht unter und dadurch wird a frei, geht aber sofort wieder auf X über oder vielmehr darin unter [1]. Wenn nun der Erbe antritt, wiederholt sich mit X dasselbe wie mit A. Von X bleibt nur x übrig und geht sofort in B auf. Das heißt also: die her. jac. beerbt den Erblasser, der Erbe die her. jac. und nur mittelbar den Erblasser. Er bekommt aber nicht a, so wenig wie dies der Fall sein würde, wenn statt X ein suus Erbe des A geworden wäre. Denn wie in letzterm Fall a in dem Erben aufgegangen wäre, und mit dessen Tode nur des letzteren Persönlichkeit auf B übergehen könnte, so kann auch, wenn wir einmal a auf X übergehen lassen, für B nur x, nicht aber a Gegenstand der Vererbung sein, da wir ja gerade X, d. h. eine juristische Person während der her. jac. angenommen haben und mithin ihr auch dasselbe zugestehen müssen, was von jeder

1) Den Beweis s. unten.

anderen Person gilt. Denn wenn man einmal die her. jac. für eine juristische Person erklärt, so muß man bei ihr auch die Theorie der juristischen Personen zur Anwendung bringen und nicht, wie es wohl geschieht, den Namen gebrauchen und in der That damit einen andern Begriff verbinden.

Jener Mechanismus nun scheint sich auf den ersten Anblick seiner Einfachheit wegen sehr zu empfehlen. Der Erbgang hat sich hier ganz den allgemeinen Begriffen gefügt, das Vermögen erscheint nämlich zu jeder Zeit in seiner normalen Gestalt, in seiner Unselbstständigkeit und Abhängigkeit von einer actuellen Persönlichkeit, wir haben mit andern Worten nie a ohne A, nie x ohne X und lassen weder A, noch X nach ihrem Untergange fortdauern, was ja ein Widerspruch wäre; denn wenn einmal A auf B nicht übergeht, wie könnten wir A dann während der her. jac. bestehen lassen [1])? Allein so sehr sich jener Mechanismus auf den ersten Anblick dadurch empfiehlt, daß er den Erbgang durch bekannte Begriffe und in Gemäßheit allgemeiner Grundsätze vermittelt, so spricht doch auf der andern Seite viel gegen ihn. Er erreicht nämlich zwar seinen Zweck, allein auch weit mehr, und das ist sein Fehler. Halten wir fest: der Zweck desselben ist, a auf B zu bringen; um nun a nicht als solches während der her. jac. bestehen zu lassen, haben wir X aufgestellt. Das Motiv, weshalb wir dies thaten, war also ein rein formales. Allein die Annahme von X führt uns jetzt zu Consequenzen, die jenes Zweckes wegen nicht nöthig waren. Nämlich X hat als actuelle Persönlichkeit auch die Rechte, die jede Person als solche hat. Man müßte also z. B. gestatten, daß X von einem Dritten zum Erben eingesetzt würde. Diese Folgerungen würden nun zunächst durch das Interesse des Erbrechts nicht geboten sein; wir müßten sie also blos deshalb zulassen, weil wir uns ihrer nicht erwehren könnten.

---

1) Diesen Fehler ließ sich, wie wir gesehen haben, Finestres zu Schulden kommen.

Nachdem wir sie aber einmal zugelassen hätten, würden wir sie wieder in den meisten Fällen für wirkungslos erklären müssen. Denn die Rechte, welche noch nicht ins Vermögen übergegangen sind, sondern blos mit der Person zusammenhängen, gehen mit letzterer unter. Es würden also die meisten Rechte, die wir der her. jac. zugestanden hätten, mit ihr untergehen, weil ihr der Wille fehlt und damit das Mittel, Rechte, die nicht ipso jure acquirirt werden, wie z. B. ein Legat, ins Vermögen zu bringen. Wir würden also ganz zwecklos die Delation zulassen, da wir wüßten, daß es nie zu einer Acquisition kommen könnte, und würden so im Grunde mit der Persönlichkeit der her. jac. ein leeres Spiel treiben. In dem Falle aber, wenn der her. jac. ein Legat vermacht wäre, würde es mit dieser Concession Ernst sein, denn ersteres ginge ja auf den Erben über, allein gerade diese wirksame Consequenz würde praktisch noch mehr gegen sich haben, als jene unschädliche Spielerei.

Das Resultat ist also, wenn wir, anstatt a während der her. jac. selbstständig fortdauern zu lassen, demselben in X ein neues Subject geben, so haben wir hier eines formalen Interesses wegen das normale Verhältniß des Vermögens zur Person allerdings hergestellt, allein in der That eine Person geschaffen, die mitunter uns mehr leistet, als der formale Zweck verlangt, in den meisten Fällen dagegen zwar diesem Zwecke getreu nichts ist, als eine Scheinperson, keine productive, sondern eine blos conservirende Kraft besitzt, von der sich aber auch deswegen die Theorie loszumachen streben muß. Der Preis, um den dies geschehen kann, ist die Aufstellung eines neuen Begriffes, der selbstständigen Existenz der substantiirten Persönlichkeit während der her. jac. Bevor wir uns diesem neuen Begriffe zuwenden, wollen wir untersuchen, ob der eben dargestellte Mechanismus der des römischen Rechts ist. Man könnte dies zunächst aus folgendem Grunde verneinen. Die Erwerbungen erbschaftlicher Sklaven sollen nach der Rechtsfähigkeit des Erblassers beur-

theilt werden [1]). Wenn nun die Römer die her. jac. als eine eigne juristische Person angesehen hätten, so würden sie auf ihre eigne Fähigkeit haben sehen müssen. Allein dieser Einwand ist nur scheinbar. Denn die eigne Persönlichkeit der her. jac. würde dadurch nicht aufgehoben werden, daß man ihr eine gleiche Rechtsfähigkeit beilegte, wie sie der Verstorbene hatte, sie würde mit andern Worten X bleiben, aber mit gleichen Eigenschaften wie A, nicht aber dadurch A werden, so wenig wie jede andere juristische Person dadurch aufhören würde es zu sein, daß man die in Thesi den juristischen Personen zustehende Rechtsfähigkeit bei ihr nach dem Prototypus der einer gewissen Classe physischer Personen zustehenden Rechtsfähigkeit modificirte. Wir könnten also immerhin sagen, die Rechtsgeschäfte erbschaftlicher Sklaven werden durch die Rechtsfähigkeit von X aufrecht erhalten, letztere ist aber immer dieselbe wie bei A [2]). Also jener Einwand stände nicht entgegen, wohl aber der, daß das römische Recht die entwickelten Consequenzen der angegebenen Auffassungsweise nicht anerkennt. Der Erbe beerbt nicht die her. jac., wie er es doch müßte, sondern den Erblasser; die her. jac. müßte als juristische Person so gut wie jede andere des Usufructus fähig sein, allein die römischen Juristen sagen ausdrücklich das Gegentheil, „quia persona non est“ [3]). Daß sie nicht im Testamente Dritter zur Erbin eingesetzt werden kann, wird zwar nicht ausdrücklich bemerkt, allein nur deshalb, weil es keinem römischen Juristen eingefallen ist, das Gegentheil zu behaupten. Dagegen hat Ulpian sich einen Verstoß zu Schulden kommen lassen, der freilich den neuern Juristen um nichts anstößiger gewesen zu sein scheint, als ihm selbst. In der

1) Ich erinnere an l. 52. de her. inst. (28. 5.)

2) Darum ist es falsch, wenn Mühlenbruch in der Fortsetzung der Glück'schen Pandecten B. 39. S. 223. den Grund, weshalb die her. jac nicht zur Erbin eingesetzt werden kann, darin finden will, daß sie ihre Persönlichkeit lediglich durch den Verstorbenen habe.

3) S. oben S. 225. Note 1.

l. 1. §. 6. de injur. (47. 10.) sagt er: Quotiens autem funeri testatoris vel cadaveri fit injuria: si quidem post aditam hereditatem fiat, dicendum est heredi quodammodo factam: semper enim heredis interest defuncti existimationem purgare; quotiens autem ante aditam hereditatem, magis hereditati, et sic heredi per hereditatem acquiri. Also die hereditas kann injuriirt werden! Die act. injuriarum, welche dem Erblasser zustand, soll mit seinem Tode untergehen, nach dieser Seite hin soll also seine Persönlichkeit nicht in der her. jac. fortdauern, dennoch aber nimmt Ulpian sie wieder als dauernd an, indem er eine Injurie gegen die her. für möglich erklärt. Zu dieser, wie ich nicht anders sagen kann, abnormen Behauptung scheint Ulpian nur dadurch gekommen zu sein, daß sich im Fall jener Stelle die act. injuriarum dem Erben nicht füglich verweigern ließ und mithin eine Vermittelung derselben durch die her. jac. nöthig schien. Allein weder war dies nöthig, noch führte es einmal zum Ziele. Letzteres nicht, denn selbst wenn Ulpian eine Injurie gegen die her. für möglich hielt, letztere also für X erklärte, so würde doch die darauf gestützte act. injur. ebensogut mit X untergehen, wie die dem A zustehende mit A. Also wenn die her. jac. auch eine juristische Person wäre, so würde die act. injur. zwar ihrer Entstehung, aber nicht ihrem Uebergange auf B nach gerechtfertigt sein. Allein es bedurfte der hereditas gar nicht, um dem Erben die act. injur. zu verschaffen. Nicht der Erblasser, nicht die her. jac., sondern der Erbe war der eigentlich Beleidigte. Es sei erlaubt, dies an einem Beispiele zu zeigen. Es hat der A jeden, der in eine gewisse Corporation treten würde, für einen ehrlosen Menschen erklärt. Später tritt der B ein; hat er gegen der A die act. injuriarum? Offenbar, ungeachtet er doch zur Zeit jener Aeußerung noch in keiner Beziehung zu jener Corporation stand. So wenig nun wie er nöthig hat, seine act. injur. erst mittelbar von der Corporation abzuleiten, so wenig ist dies beim Erben der Fall, wenn er wegen einer Handlung klagen will, die zur

Zeit der her. jac. vorgenommen ist und für ihn, gerade weil er Nachfolger des Erblassers geworden ist, etwas Ehrenrühriges hat. Unser Resultat ist also, Ulpian mußte dem Erben die act. injur. zusprechen, allein nicht erst mittelbar durch die her. jac., denn zu letzterm Zweck bedurfte es zunächst, daß man der hereditas actuelle Persönlichkeit beilegte, und wenn man dies gethan hatte, erreichte man doch seinen Zweck nicht, weil die act. injur. vor ihrer Anstellung nicht auf den Erben transmittirt wird, sondern mit der actuellen Persönlichkeit untergeht. Die her. jac. ist also nach römischem Recht keine juristische Person, weder A noch X. Daraus folgt denn, weil kein anderer Fall übrig bleibt, daß sie nichts ist, als a. Was ist a? Wir haben oben darunter die substantiirte Persönlichkeit des Erblassers verstanden, allein wie kann sie bestehen, wenn sie keine juristische Person ist? Die Antwort darauf ist, der Begriff einer substantiirten Persönlichkeit läßt sich nicht auf bekannte Begriffe zurückführen, er ist ganz neu, d. h. dem Erbrecht eigenthümlich. Wir müssen uns ihn erst aus dem Erbrecht selbst construiren und dies wollen wir jetzt thun.

Eine juristische Person ist etwas anderes, als was sie hat; sie ist, auch wenn sie nichts hat, und kann, ohne etwas zu haben, etwas erwerben. Dagegen ist die her. jac. nichts weiter, als was sie hat; sie ist gar nicht, wenn sie nichts hat; sie kann etwas erwerben nur durch das, was sie hat. Die Persönlichkeit, die man ihr beilegen muß, um die Rechtsverhältnisse des Erblassers zu conserviren, ist blos der letzteren wegen da und erstreckt sich deswegen nicht weiter als letztere; sie existirt nicht weiter, als sie substantiirt ist. Nur innerhalb dieser Sphäre kann sie sich vermehren, die productive Kraft der her jac. liegt in den Objecten, ist eine mittelbare, nicht, wie bei den juristischen Personen, eine unmittelbare. In diesen Objecten dauert aber nicht blos das Recht, sondern auch die Rechtsfähigkeit des Erblassers fort. Ich erinnere an das Beispiel der l. 52. de her. inst. (28. 5.), daß nämlich die Fähigkeit eines erbschaftlichen Sklaven, im Testamente Dritter

bedacht zu werden, von der Einsetzungsfähigkeit des verstorbenen Herrn abhing. Die actuelle Rechtsfähigkeit des Herrn ging nicht auf die her. jac. über, so daß letztere selbst hätte zur Erbin eingesetzt werden können, wohl aber die in dem Eigenthum des Sklaven bereits verwirklichte und durch dasselbe gebundene [1]). In der Fortdauer eines Rechtes liegt ja bis auf den Umfang desselben auch die Fortdauer der Rechtsfähigkeit ausgesprochen.

Der erste Unterschied der her. jac. von den juristischen Personen besteht demnach darin, daß sie nur soweit Person ist, als sie Trägerin der auf den Erben übergehenden Rechtsverhältnisse ist, nicht aber, wie jene, auch ohne bereits existente Rechte die Fähigkeit zum Erwerbe derselben besitzt.

Der zweite Unterschied besteht darin, daß diese durch die einzelnen Rechte gebundene und begränzte Persönlichkeit wiederum ein Object der Erwerbung für den Erben sein soll — eine Sache. Diesen Gesichtspunkt müssen wir auch während der her. jac. zur Anwendung bringen. Denn wenn wir ihm auch für die Zeit der her. jac. entgehen könnten, so hätten wir ihn dadurch doch nicht beseitigt, denn mit Antretung der Erbschaft tritt er uns wieder unabweisbar entgegen, und mithin ist es nutzlos, ihn während der her. jac. zu verdecken. Also die Bestimmung der Persönlichkeit, die wir der her. jac. beilegen, ist eine sachliche. Diese Persönlichkeit scheint also auf der Gränze zu stehen zwischen den Personen und den Sachen. Ist sie nun eine Person mit der Function einer Sache,

---

1) Daher brauchen wir über die Erbeseinsetzung erbschaftlicher Sklaven nicht mit Mühlenbruch in seiner Fortsetzung der Glück'schen Pandecten B. 39. S. 225. zu sagen: „Offenbar wirkte hier aber ein anderer Grund mit ein, nämlich die Rücksicht auf die eigne, wenngleich unvollständige Persönlichkeit des servus, welcher ja möglicherweise für sich selbst erwerben konnte und jedenfalls persönlich antreten mußte, damit dem Herrn erworben werden könne." Denn das hieße den Grund außerhalb der her. jac. suchen, während wir ihn nach der oben entwickelten Ansicht in ihr selbst gefunden haben.

oder eine Sache mit dem Charakter oder den Eigenschaften einer Person? Legt man das Gewicht auf die Bestimmung dieser Persönlichkeit, so scheint die hereditas zu den Sachen zu gehören; legt man es auf ihre Befähigung, so gehört sie zu den Personen. Welcher Gesichtspunkt ist der vorwiegende? Man kann sagen: die Eigenschaften und Fähigkeiten sind es, die das Wesen eines Dinges constituiren, nicht aber ihre Bestimmung, denn letztere ist nichts, als eine Relation zu einem außer ihr liegenden Dritten. Darnach sollte man sagen, die her. jac. gehöre zu den Personen, denn sie theilt die charakteristische Eigenschaft derselben, nämlich Rechtssubject zu sein; ihre Bestimmung aber, vom Erben erworben zu werden, ist nichts als eine Relation, mithin etwas nicht lediglich in ihr liegendes. Allein dies ist nur scheinbar. Denn sobald die Fähigkeit, zu erwerben, oder mit andern Worten zu Sachen im Verhältniß der Herrschaft zu stehen, eine Eigenschaft der Person ist, so muß auch die Fähigkeit, erworben werden zu können, oder mit andern Worten zu Personen im Verhältniß vollständiger Abhängigkeit zu stehen, als Eigenschaft der Sachen und nicht als eine bloße Relation aufgefaßt werden. Wenn also die hereditas die Bestimmung hat, erworben zu werden, so heißt das mit andern Worten sie hat die Fähigkeit dazu, sie theilt die charakteristische Eigenschaft der Sachen, Rechtsobject zu sein. Eine Persönlichkeit aber, die die Fähigkeit hat, Sache zu sein, ist um nichts besser, als eine Sache, die die Fähigkeit hat, Person zu sein, mit andern Worten die her. jac. scheint eine Doppelnatur zu haben, in der keine Seite vorwiegt. Dagegen läßt sich einwenden: während der her. jac. hat jene Persönlichkeit noch nicht die Function einer Sache, sie erhält dieselbe erst im Augenblick der Antretung. Ein freier Mann konnte bei den Römern Sklave, also Sache werden, allein dieser Möglichkeit ungeachtet blieb er doch vorher lediglich Person. Ebenso kann die her. jac. dermaleinst Sache werden, ohne deshalb vorher aufzuhören lediglich Person zu sein. Gegenwärtig ist sie es noch nicht, denn der Erbe steht

noch zu ihr in keinem Verhältniß der Herrschaft. Letzteres und damit ihre Verwandlung in eine Sache entsteht erst im Augenblick der Antretung der Erbschaft. Allein paßt jener Vergleich wohl? Der Freie kann Sklave werden, allein er hat nicht deswegen seine Freiheit, um es zu werden. Hingegen die her. jac. hat nur deshalb ihre Persönlichkeit, damit letztere vom Erben erworben, sie selbst also Sache werde. Nun kann man allerdings sagen, die her. jac. hört dadurch nicht auf, ganz den Personen anzugehören, daß sie einmal aus deren Mitte scheiden kann, noch dadurch, daß dies nicht eine bloße Möglichkeit ist, sondern daß gerade ihre Verwandlung in eine Sache ihre Bestimmung ist, der Grund, weshalb sie Person ist; wohl aber darf man, indem man die her. jac. zu den Personen zählt, die Tendenz, ihre Persönlichkeit zu verlieren, als ein charakteristisches Merkmal derselben angeben. Nicht die Fähigkeit, wohl aber die Bestimmung, Sache zu werden, zeichnet sie vor den übrigen Personen aus.

Das Resultat unserer bisherigen Erörterung besteht also darin: die her. jac. gehört zu den juristischen Personen, allein sie zeichnet sich vor den übrigen zunächst durch die Beschränktheit ihres Umfanges aus, indem die Persönlichkeit des Erblassers nicht weiter in ihr fortdauert, als sie substantiirt ist; dann aber durch die ihr innewohnende Tendenz, Sache zu werden. Bewiesen ist dies Resultat, wie wir es ja wollten, weniger durch die Aussprüche der römischen Juristen, als aus dem Begriff des Erbrechts. Allein mittelst desselben können wir alle jene Aussprüche erklären und damit unser Resultat wiederum sichern. Die her. jac. soll nach Florentinus in l. 22. de fidej. (46. 1.) eine juristische Person sein, und zu dem Resultat sind auch wir gekommen. Sie soll aber nach den S. 225 Note 1 angeführten Stellen von Hermogenianus und Paulus des Usufructus unfähig sein, ungeachtet doch von juristischen Personen das Gegentheil gilt — auch dieser Unterschied erklärt sich aus unserer Begriffsbestimmung. Wiederum konnten die Sklaven der her. jac. zu Erben eingesetzt werden,

obgleich sie selbst es nicht konnte — auch dies haben wir gerechtfertigt. Die her. jac. soll injuriirt werden können — das ist eine Behauptung Ulpians, die wir nicht rechtfertigen konnten, von der wir aber oben S. 233 f. gezeigt haben, daß sie in sich zerfällt und eine Gedankenlosigkeit enthält.

Wir wollen jetzt die Fiction, daß die her. jac. den Erblasser repräsentire, verlassen. Daß sie nothwendig war, brauchen wir hier nicht erst zu wiederholen. Sie enthält in der ihr von uns gegebenen näheren Begränzung nichts als die aus dem ganzen Erbrecht folgende Wahrheit, daß die Erbschaft die substantiirte Persönlichkeit des Erblassers ist. Es bleibt uns, nachdem wir den Begriff dieser Persönlichkeit haben kennen lernen, nur noch die Frage übrig, wie lange ihre Fortdauer angenommen wird. Von den zwei Fällen, welche wir hier zu betrachten haben, daß nämlich die Erbschaft angetreten oder nicht angetreten wird, wollen wir uns jenem zuerst zuwenden.

Dauert jene Persönlichkeit des Erblassers auch noch nach der Antretung fort? Es ist dies neuerlich von Puchta [1]) in

1) Pandecten 2. Ausg. „Die Fortdauer der Persönlichkeit des Erblassers und die dadurch bedingte rechtliche Unterscheidung der Erbschaft als eines besonderen Vermögens ist nicht auf jene Zeit der her. jac. beschränkt, sie erstreckt sich (wie sich aus dem Begriffe des Erbrechts ergiebt, der außerdem eine Unmöglichkeit wäre) auf die Zeit nach dem Eintritt des Erben, der darum als Erbe und durch seine Repräsentation des Erblassers Subject von Rechten sein kann, deren er für seine Person unfähig wäre" und in den kritischen Jahrbüchern von Richter und Schneider B. 8. S. 712 u. f. „Der Erblasser, dessen Person als juristische in dem Vermögen fortdauert, wird noch als Eigenthümer gedacht, und durch ihn als sein Repräsentant ist es der Erbe, der es für seine Person nicht sein könnte." Eine merkwürdige Ansicht hat Leibnitz in seiner nova methodus disc. doc. jurisp. aufgestellt. Er gründet hier das Erbrecht nicht mit der gewöhnlichen Ansicht auf die Unsterblichkeit der juristischen Persönlichkeit, sondern auf die physische. Testamenta vero, sagt er, mero jure nullius essent momenti, nisi anima esset immortalis. Sed quia mortui re vera adhuc vivunt, ideo manent domini rerum;

einer Weise behauptet, als ob das Gegentheil undenkbar wäre. Er stützt seine Ansicht zunächst auf den Begriff des Erbrechts und dann darauf, daß eine Consequenz derselben in l. 62. de A. R. D. (41. 1.) anerkannt sei. Prüfen wir zuerst letzteren Grund. In der angeführten Stelle sagt Paulus: Quaedam, quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt ut fundus dotalis ad heredem et res, cujus aliquis commercium non habet; nam etsi legari ei non possit, tamen heres institutus dominus ejus efficitur. Puchta zieht aus dieser Stelle die in der Note angegebene Folgerung. Allein ist das statthaft? Ich glaube nicht. Denn was will Paulus sagen? Nur das, daß die Vererbung nicht unter den Begriff der Veräußerung fällt, und daß mithin die Hindernisse der Veräußerung keine Anwendung finden auf den Uebergang einzelner Sachen durch Universalsuccession. Er führt zwei Hindernisse an, ein objectives, wenn die Sache keiner Veräußerung fähig ist, und ein subjectives, wenn die Person eine gewisse Sache nicht erwerben kann. Allein damit, daß einer Sache die Fähigkeit abgesprochen wird, veräußert zu werden und einer Person die Fähigkeit, eine Sache durch Veräußerung zu erwerben, ist noch durchaus nicht gesagt, daß die Sache unfähig wäre in Rechtsverhältnissen zu stehen, wie dies das Beispiel des fundus dotalis zeigt, und daß die Person jene Sache nicht im Eigenthum haben könne, oder mit andern Worten die Unfähigkeit gewisser Erwerbungsacte ist nur dann eine Unfähigkeit des durch sie herbeizuführenden rechtlichen Zustandes, sobald dieser Zustand nur durch sie entstehen kann. Allein Paulus will gerade sagen, daß die Erbschaft ein Mittel ist, jenen durch Singularsuccessionen nicht zu begründenden Zustand herbeizuführen, weil sie nämlich nicht unter die Kategorie jener Erwerbungsacte gehört. Die Unfähigkeit zu letzteren kommt also hier gar nicht zur Sprache, und mithin

---

quos vero heredes reliquerunt, concipiendi sunt ut procuratores in rem suam.

bedarf es, wenn dieselbe sich beim Erben findet, keiner Ergänzung derselben durch die Fähigkeit des Erblassers. Wäre hingegen Jemandem die Fähigkeit abgesprochen, gewisse Sachen im Eigenthum zu haben, so würde er weder durch Veräußerungen, noch durch Universalsuccession dieselben erwerben können, z. B. wenn die Juden für unfähig erklärt wären zum Grundbesitz. Oder glaubt man, daß wenn unter dieser Voraussetzung ein Jude von einem Christen zum Erben eingesetzt wäre, und sich in der Erbschaft ein Grundstück befände, der Jude dennoch letzteres in Eigenthum bekommen würde? Das wäre ja gegen ein ausdrückliches gesetzliches Verbot; man müßte denn etwa mit der Erbschaft auch die Rechtsfähigkeit des Christen auf den Juden übergehen lassen und sagen, letzterer sei kein Jude mehr, wenigstens was das Grundstück beträfe. Daß nun eine solche Behauptung durch die l. 62. cit. nicht bewiesen wird, habe ich gezeigt. Allein Puchta führt außerdem einen gewichtigeren Grund an, nämlich den Begriff des Erbrechts. Er argumentirt so: während der her. jac. dauert in den einzelnen Rechten auch die Persönlichkeit des Erblassers fort, letztere ist aber das Object, welches der Erbe erwerben soll. Wenn man dieselbe nun mit Antretung der Erbschaft untergehen ließe, so würde ja „das Erbrecht in dem Augenblick, wo es entstehen soll, seinen Gegenstand verlieren.“ Allein diese Argumentation halte ich nicht für richtig. Der Zweck des Erbrechts besteht darin, alle vererblichen Rechtsverhältnisse des Erblassers auf den Erben zu übertragen; um dies technisch zu erklären, bedienen wir uns als Mittel des Begriffs der substantiirten Persönlichkeit. Sobald der Zweck erreicht ist, können wir das Mittel fallen lassen. Mit der Antretung der Erbschaft nimmt der Erbe die Persönlichkeit des Erblassers in sich auf, und in demselben Augenblick ist er damit das Subject aller Rechtsverhältnisse geworden; jetzt kann man immerhin die Persönlichkeit des Erblassers für untergegangen erklären, ohne daß man deswegen den Vorwurf zu befürchten brauchte, man habe dadurch das Erbrecht seines

Gegenstandes beraubt. Wenn man das Recht des Erben als ein Recht an der Persönlichkeit des Erblassers auffaßt, dann ist jener Vorwurf freilich begründet, allein die Schuld liegt dann an jener Auffassung, die ich für eine unrichtige halte. Gegenstand des Erbrechts sind meiner Ansicht nach alle einzelnen Rechtsverhältnisse des Erblassers, und der Begriff der substantiirten Persönlichkeit desselben hat blos die Function, den Uebergang zu vermitteln. Es möge mir verstattet sein, mich folgenden Vergleiches zu bedienen. Wenn ich 1000 Rl. zu erheben habe, und es tradirt mir sie Jemand in einem Beutel, so ist hier der Beutel das Mittel gewesen, wodurch ich auf ein Mal jene 1000 Rl. tradirt erhalten habe, und es mir möglich gemacht wird, dieselben als eine Einheit fortzuschaffen. Allein wenn ich nun die 1000 Rl. aus dem Beutel unter mein übriges Geld schütte, kann man dann sagen, das Object jener Tradition sei dadurch untergegangen, oder die 1000 Rl. gälten „so lange sie zur Sprache kämen", immer als ein Beutel und nicht als 1000 Rl.? Es war mir vielmehr um letztere zu thun, und den Beutel werfe ich weg, sobald ich das Geld habe. Man könnte nach Analogie der Erbschaft jene Tradition des Beutels eine Universaltradition nennen; der Zweck dieser Universaltradition ist aber nur die Tradition der einzelnen Stücke, die Einheit ist mit andern Worten nicht Gegenstand meines Rechtes, sondern nur Mittel der Tradition. Aehnlich ist es mit der Beerbung. Um sämmtliche einzelne Rechtsverhältnisse ist es dem Erben zu thun; um sie aber passend zu übertragen, vereinigen wir sie in eine Form (die substantiirte Persönlichkeit des Erblassers), geben ihnen gewissermaßen eine Handhabe, die der Erbe nur zu ergreifen braucht, um sich sämmtlicher Rechtsverhältnisse zu bemächtigen. Also der Untergang der Persönlichkeit des Erblassers im Augenblick der Antretung der Erbschaft ist denkbar, ohne daß das Erbrecht sein Object verlöre; denn jene Persönlichkeit ist gar nicht der Gegenstand des Erbrechts. Wir wollen jetzt weiter gehen und zeigen, daß jener Untergang

sogar nothwendig ist und auch im römischen Recht anerkannt wird. Nothwendig ist er, weil Niemand zwei Vermögen oder Persönlichkeiten haben kann. — Nicht zwei Vermögen, weil das Vermögen ja gerade der Inbegriff alles dessen ist, was Jemand hat; nicht zwei Persönlichkeiten, weil die Persönlichkeit wie alle mit ihr zusammenhängenden Rechte untheilbar ist, also nicht wieder in zwei besondere zerfallen kann. In dem Augenblicke nun, wo die substantiirte Persönlichkeit des Erblassers auf den Erben übergeht, wird dieselbe von der actuellen Persönlichkeit des letzteren bezwungen und zersetzt, so daß nur die einzelnen Rechtsverhältnisse übrig bleiben, die jetzt ihren Träger im Erben erhalten. Wenn dies aber der Fall ist, so lassen sie sich nicht mehr von den übrigen Rechtsverhältnissen des Erben sondern; denn daß sie früher dem Erblasser zustanden, zeichnet sie jetzt so wenig vor denen des Erben aus, als dies mit Rechten der Fall ist, die der Erbe durch Singularsuccession erhalten hat. Jener Untergang der Erbschaft als einer Einheit tritt aber mit der Antretung der Erbschaft ein, weil in diesem Augenblick ein neues Subject an die Stelle des bisherigen tritt, und die Ansicht, welche auf die factische Confusion des Nachlasses mit dem Vermögen des Erben Gewicht legen will, darf man mit Puchta mit Recht als eine ganz unrichtige bezeichnen. Denn das Successionsverhältniß des Erben wird durch sein factisches Verhältniß zum Nachlaß so wenig alterirt, wie das Eigenthum Jemandes durch den Mangel oder das Dasein des Besitzes. Mag der Erbe sich den Besitz des Nachlasses verschafft haben oder nicht, mag er ihn wieder verlieren u. s. w., alles dieses kommt bei der Frage, ob der Erbe das Subject der Rechtsverhältnisse des Erblassers ist, gar nicht in Betracht. Um diese Frage ist es uns aber lediglich zu thun. Daß nun die römischen Juristen nach Antretung der Erbschaft nicht mehr den Erblasser, wie Puchta will, sondern den Erben unmittelbar als Subject betrachteten, glaube ich unwidersprechlich beweisen zu können. Ich will kein Gewicht darauf legen, daß mit Antretung der

Erbschaft eine Confusion der Forderungen und Schulden beider Personen eintritt, obgleich nach Puchta's Ansicht dies nicht der Fall sein müßte; denn nach ihm dauert ja der Erblasser mit seiner geschiedenen Persönlichkeit im Erben fort. Nach dieser Ansicht würde nur die Verwirklichung der Forderung gehemmt, letztere aber nicht ihrem Wesen nach vernichtet. Der schlagendste Beweis besteht aber darin, daß uns nicht blos in einer Stelle mit dürren Worten gesagt wird, die Persönlichkeit des Erblassers (die hereditas) dauere im Erben nicht fort, nämlich in l. 22. de usurp. (41. 3.). Javolenus: Heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur, sondern daß auch in vielen einzelnen Anwendungen derselbe Gesichtspunkt hervortritt. Man vergleiche z. B. l. 36. §. 2., l. 14. de her. pet. (5. 3.) l. 1. §. 6. de iujur. (47. 10.). In diesen Stellen wird das Verhältniß der während der hered. jac. entstandenen Klagen zum Erben als ein mittelbares bezeichnet, nämlich vermittelt durch die hereditas; das derselben Klagen, wenn sie nach Antretung der Erbschaft entstanden, als ein unmittelbares. Quae electio (nämlich zwischen der her. pet. und act. legis Aquiliae), heißt es in l. 36. §. 2. cit: locum habet, si ante aditam hereditatem occisus sit servus; nam si postea, ipsius (heredis) actio propria effecta est, nec veniet in hereditatis petitionem, und ähnlich in l. 1. §. 6. de injur.: Quoties autem funeri testatoris vel cadaveri fit injuria, si quidem post aditam hereditatem fiat, dicendum est heredi quodammodo factam . . . . quoties autem ante aditam hereditatem, magis hereditati et sic heredi per hereditatem acquiri. Nach diesen Stellen erwirbt also der Erbe für die Zeit der her. jac. durch die fortdauernde Persönlichkeit des Erblassers; dieses Verhältniß ändert sich aber mit der Antretung der Erbschaft und wird ein unmittelbares, während es nach Puchta gerade fortdauern soll.

Das Resultat der bisherigen Erörterung besteht also darin, daß die Persönlichkeit des Erblassers im Augenblick

der Antretung der Erbschaft der des Erben weicht, in ihm aufgeht. Es bleibt uns jetzt noch die Frage übrig, ob jene Persönlichkeit auch dann fortdauert, wenn die Erbschaft gar nicht angetreten wird oder, um es allgemeiner auszudrücken, wenn kein Universalsuccessor eintritt, also auch der Fiscus nicht oder bei den Römern der bonorum emptor. Wir haben oben gesehen, daß die Fortdauer der substantiirten Persönlichkeit des Erblassers nach seinem Tode nicht blos ein Postulat des Erbrechts, sondern auch des Vermögensrechts ist. Wenn also Gläubiger vorhanden sind, dauert jene Persönlichkeit fort. Wie lange? In alle Ewigkeit, denn wenn auch der Nachlaß in Form Rechtens unter die Gläubiger vertheilt wird, und nur die geringste Forderung nicht realisirt ist, so dauert letztere ja nach wie vor fort, da die Existenz einer Forderung nicht durch ihre factische Realisirbarkeit bedingt ist. Auch wenn der Nachlaß blos aus Passivis besteht, muß man dasselbe behaupten. Dies ist aber eine Consequenz, mit der freilich nichts gewonnen ist, zu der wir uns aber verstehen müssen, weil sie eine Consequenz ist. Also die Persönlichkeit des Erblassers dauert, auch wenn kein Nachfolger eintritt, der Gläubiger wegen fort. Allein wie verhält es sich mit ihr, wenn auch keine Gläubiger vorhanden sind? In dem Fall geht sie unter, denn ihre Fortdauer ist ja nicht Selbstzweck, sondern nur ein Mittel, das Interesse des Vermögens- und Erbrechts zu befriedigen; sobald also kein solches Interesse existirt, fällt sie in sich zusammen, die Forderungen gehen unter, die Sachen werden res nullius [1]). Von welchem Augenblicke an? Rückwärts vom Augenblick des Todes. Daraus folgt also, daß die Occupation erbschaftlicher Sachen schon von jenem Zeitpunkt an Eigenthum gegeben hat. Bei den Römern war dies wichtig wegen der erbschaftlichen Sklaven. Gesetzt es occupirte

1) Diesen Fall erwähnt Gajus in l. 57. pr. de evict. (21. 2.): . . si sine successore decesserit, ita ut neque ad fiscum bona pervenire possint neque privatim a creditoribus distrahi.

Jemand einen solchen Sklaven, der während der her. jac. von einem Dritten zum Erben eingesetzt war, später trat nun unser Fall ein, daß sich zum Nachlaß weder Gläubiger noch Erben meldeten — dann hatte der Sklave vom Augenblick des Todes seines früheren Herrn keinen Eigenthümer gehabt, jene Einsetzung war mithin nichtig gewesen, und der jetzige Eigenthümer konnte die Erbschaft jenes Dritten nicht durch den Sklaven antreten lassen.

Wir wollen hiermit unsere Erörterung schließen. Das Resultat derselben ist: die Fiction, daß die her. jac. den Verstorbenen vertrete oder wie wir sie näher bestimmt haben, daß die her. die substantiirte Persönlichkeit des Erblassers sei, ist sowohl vom Standpunkt des Vermögens als des Erbrechts aus eine innerlich nothwendige. Der Begriff der substantiirten Persönlichkeit ist aber für das Erbrecht ein blos vermittelnder, dieselbe geht unter, sobald ihr Zweck, die Transmission sämmtlicher vererblichen Rechtsverhältnisse auf den Nachfolger, erreicht ist oder wegen Mangel eines solchen unerreichbar wird; in diesem Falle wird jene Persönlichkeit nur durch das Dasein erbschaftlicher Schulden aufrecht erhalten, sind aber auch letztere nicht vorhanden, so ist sie bereits mit dem Tode des Erblassers untergegangen. Hiermit wollen wir die Lehre von dem Wesen der her. jac. beschließen. Eine Zusammenstellung der einzelnen Beispiele, an denen die Erwerbfähigkeit der her. jac. in unseren Quellen erläutert wird, scheint mir ohne Interesse zu sein, und, wenn dies auch nicht der Fall wäre, so ist sie wenigstens überflüssig, da andere sich dieser Nebensache mit einem Fleiße hingegeben haben, den man leider bei der Hauptsache vermißt [1]. Nur einen Punkt will ich hervorheben, weil

---

1) Namentlich Majansius in seiner oben angeführten Abhandlung. Auch bei den übrigen älteren Schriftstellern, wie bei A. Faber, Donellus und andern in dieser Abhandlung angeführten findet man dasselbe. Der cura der her. jac. wegen verweise ich auf Rudorff, Recht der Vormundschaft B. 1. §. 19, 20.

er theilweise ein praktisches Interesse hat und eine neue Bearbeitung verdient — nämlich die Besitzverhältnisse während der her. jac.

VII.

Besitzverhältnisse während der hereditas jacens [1]).

Daß die her. jac. weder den Besitz des Erblassers fortsetzen, noch neuen erwerben kann, bedürfte keines ausdrücklichen Zeugnisses, da es schon aus der Natur der her. jac. sich ergiebt [2]). Obgleich nun die l. 1. §. 15. si is, qui test. (47. 4.) [3]) es uns aufs klarste bestätigt, so hat man doch an einigen anderen Stellen Anstoß genommen, nämlich zuerst an der l. 40. §. 1. de acq. poss. (41. 2.) Afric.:

Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset, propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio retineretur et continuaretur, quo mortuo non statim dicendum, eam interpellari, sed tunc demum, cum dominus possessionem apisci neglexerit. Aliud existimandum ait, si colonus sponte possessione discesserit. Sed haec ita esse vera, si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in hereditate coloni manserit.

---

1) Ich gebe hier theilweise die Resultate meiner Inauguraldissertation de hereditate possidente. Berol. 1842.

2) Freilich nicht für jeden. So meint z. B. Herr A. Denzinger in seiner von der Würzburger Juristenfacultät gekrönten Preisschrift: Die Accessio possessionis nach dem römischen und canonischen Rechte. Würzb. 1842: „Die her. jac. sei als juristische Person, wenn auch unfähig Besitz zu erwerben, doch wohl fähig, einen Besitz festzuhalten, und mit Unrecht spräche man hier von einem Zustande der Besitzlosigkeit!" (§. 46.) Kein Wunder, denn der Verf. beschenkt uns in §. 47. mit dem Grundsatz: animus defuncti in hereditate manet; wenn aber die her. den animus hat, so kann sie natürlich den Besitz fortsetzen.

3) . . hereditas possessionem non habet, quae facti est et animi, sed nec heredis est possessio, quia in eum hereditas id tantum transfundit, quod est hereditatis; non autem fuit possessio hereditatis.

Man hat wohl gemeint, daß diese Stelle eine Detention Seitens der her. jac. annehme [1]), allein ganz ohne Grund. Das Anomale derselben liegt vielmehr darin, daß der Besitz des Verpachters durch den Untergang der Detention in der Person des Pachters nicht sofort aufgehoben werden soll — eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen über den Verlust des Besitzes, die bekanntlich nicht auf diesen Fall beschränkt ist [2]). Wenn Afrikan die abenteuerliche Behauptung hätte aufstellen wollen, daß die her. jac. die Detention fortsetze, so hätte er ja nicht sagen müssen: possessionem non statim interpellari, sondern omnino non interpellari, und der Tod des Pachters wäre ein ganz irrelevantes Ereigniß gewesen, das mithin für den Verpachter gar keine Veranlassung hätte abgeben können, sich selbst die Detention zu verschaffen. Die Worte: „sed semper in hereditate coloni manserit“ bezeichnen, wie dies aus dem adversativen sed hervorgeht, nichts anders als das Gegentheil von den Worten: si nemo extraneus eam rem interim possederit.

Eine andere Stelle, die dem Dion. Gothofredus in seinen Noten zu derselben Veranlassung gegeben hat, eine possessio impropriissima! anzunehmen, ist die l. 88. de acq. hered. (29. 2.) Paulus:

Gerit pro herede, qui animo agnoscit successionem, licet nihil attingat hereditarium: unde et si domum pignori datam sicut hereditariam retinuit, cujus possessio qualisqualis fuit in hereditate, pro herede gerere

---

1) Z. B. Averanius Interpret. jur. lib. IV. c. XXII. nr. 18: Si dominus retinet et continuat possessionem per colonum jam mortuum h. e. per ejus hereditatem: ergo possessio defuncti est in hereditate, videlicet quia perinde habetur ac si hereditas detineret rem illam, quam colonus defunctus detinebat ac possidebat, nunc autem possidet per detentionem hereditatis quamdiu possessionem non neglexerit adipisci.

2) v. Savigny das Recht des Besitzes §. 33.

videtur: idemque est, si alienam rem ut hereditariam possedisset.

Was ist unter dieser possessio qualisqualis zu verstehen? Man konnte diese Frage nicht richtig beantworten, weil man sich den Fall, den Paulus im Auge hat, verkehrt dachte. Man stellte sich denselben nämlich so vor [1]), als sei das Haus, dessen possessio qualisqualis in der Erbschaft sein soll, von einem Dritten dem Erblasser verpfändet. Diese possessio wollte man dann aus der singulären Bestimmung [2]) erkären, die hinsichtlich der Usucapion bei der her. jac. gilt. Es läuft nämlich eine vom Erblasser begonnene Usucapion auch während der her. jac. fort, und wenn der Erbe sich später den Besitz erwirbt, so findet eine accessio possessionis Statt. Allein wenn man sich den Fall auf die angegebene Weise denkt, so läßt sich ja von dieser Singularität gar kein Gebrauch machen, denn der Pfandgläubiger kann ja nicht usucapiren! Ich habe in der angeführten Dissertation die Ansicht aufgestellt, daß man sich den Fall so denken müsse, daß das Haus von dem Erblasser dem Erben verpfändet gewesen sei — eine Bemerkung, durch die alle Schwierigkeiten unserer Stelle beseitigt werden, und gegen die schwerlich Jemand Widerspruch erheben wird. Paulus will offenbar, wie aus dem „unde et" hervorgeht, einen Fall anführen, in dem der Erbe animo agnoscit successionem, licet nihil attingat hereditarium. Nach der gewöhnlichen Auffassung unserer Stelle

---

1) Bereits die Glosse: Accurs. ad voc. datam: „defuncto ab aliquo debitore, et sic coepit possidere civiliter et naturaliter", Vivianus im Casus unserer Stelle: Titius retinuit tanquam ex hereditate matris quandam domum pignori datam matri. Ebenso Majansius Disput. jur. civil. tom. II. p. 47. und Averanius a. a. O. nr. 17 u. 18.

2) S. darüber das Nähere unten. Vorläufig möge hier die l. 31. §. 5. de usuc. (41. 3.) genügen: Vacuum tempus, quod ante aditam hereditatem vel post aditam intercessit, ad usucapionem heredi procedit.

aber würde Paulus in der That ein Beispiel geben, in dem jene Voraussetzung gar nicht vorhanden ist. Denn wenn der Erbe sich in den Besitz der dem Erblasser verpfändeten Sache setzt, so kann man doch in der That nicht von ihm sagen: animo agnovit successionem et nihil attigit hereditarium. Wenn aber der Erbe bereits zur Zeit der her. jac. die Sache besaß und sie jetzt in der Absicht, eine pro herede gestio vorzunehmen, sicut hereditariam retinuit, so konnte doch Paulus unmöglich sagen, daß zu derselben Zeit, wo der Erbe die Sache besaß, die possessio qualisqualis in hereditate fuit, wenn man unter possessio hier auch die bloße Fortdauer der Usucapion verstehen wollte, denn so viel ist gewiß, daß, wenn schon der Erblasser zur Zeit seines Todes die Sache nicht mehr besaß, von einer Fortsetzung der Usucapion weder für ihn, noch für die her. jac. die Rede sein kann. Nach der gewöhnlichen Auffassung würde ferner das zweite Beispiel denselben Fall enthalten, wie das erste, nämlich den, daß der Erbe eine res non hereditaria irrthümlicher Weise als eine res hereditaria in Besitz genommen hätte. Stellt man sich hingegen mit mir den Fall in der angegebenen Weise vor, so bekommt die ganze Stelle Sinn und Zusammenhang, denn der Erbe, welcher die ihm vom Erblasser verpfändete Sache von jetzt an nicht mehr sicut pignori datam, sondern sicut hereditariam, d. h. als Eigenthümer derselben besitzt, hat ja in demselben Augenblick eine pro herede gestio vorgenommen, ohne irgend eine erbschaftliche Sache zu berühren. Denn darin, daß er die Sache als Eigenthümer besitzen will, ist ja sein Wille, Erbe zu sein, ausgesprochen. Stellt man sich nun diesen Fall in dieser Weise vor, so kommt auch der zweite Fall, den Paulus anführt (si alienam rem ut hereditariam possedisset), dadurch in Gegensatz zu demselben. Nämlich in jenem Falle war kein attingere einer erbschaftlichen Sache vorhanden, sondern ein bloßes retinere; in diesem fand zwar eine Besitzergreifung Statt, allein einer fremden Sache, die der Erbe irrthümlich für eine erbschaftliche hielt.

Wenn Paulus sich nun, was schwerlich Jemand bestreiten wird, den Fall in der angegebenen Weise gedacht hat, so erklärt sich auch die possessio qualisqualis der hereditas. Denn wenn der Erblasser die Sache dem Erben verpfändet und tradirt hatte, so besaß nicht er mehr, sondern letzterer, allein eine Wirkung des Besitzes — die Fortsetzung der Usucapion — kam nach wie vor unmittelbar dem Erblasser zu gute. Da sie nun keinen Besitz voraussetzt, so kann sie auch während der her. jac. fortdauern. Wenn Paulus diese anomale Usucapion eine possessio qualisqualis nennt, so ist diese Ausdrucksweise wenigstens nichts ungewöhnliches [1]), obgleich freilich an einen Besitz nicht zu denken ist, wo blos eine Wirkung desselben ausnahmsweise zugelassen ist.

Eine andere Stelle, deren Mißverständniß Veranlassung ward, daß manche Gesetzgebungen den Besitz ipso jure auf den Erben übergehen ließen [2]), ist die l. 30. pr. ex q. c. maj. (4. 6.): Cum miles, qui usucapiebat, decesserit et heres impleverit usucapionem, aequum est rescindi, quod postea usucaptum est, ut eadem in heredibus, qui in usucapionem succedunt, servanda sint, quia possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem et plerumque nondum hereditate adita completur. Wenn nach dieser Stelle der Besitz ipso jure übergehen sollte, so müßte auch die her. jac. ihn vorher gehabt haben. In der That spricht aber unsere Stelle gar nicht von dem Besitz, sondern nur von einer Wirkung desselben, der Usucapion [3]). So wenig wie der Pfandschuldner, der durch den besitzenden

1) L. 36. pr. de acq. poss. (41. 2.) Qui pignoris causa creditori fundum tradit, intelligitur possidere. L. 16. de usuc. (41.3.) . . qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet.

2) S. Giphanius lect. Altorf p. 480.

3) Possessio steht hier also für usucapio, wie aus der Verbindung mit completur und aus den vorhergehenden Worten: qui in usucapionem succedunt hervorgeht. S. auch Brissonius de V. S. unter possessio §. 6.

Pfandgläubiger usucapirt, darum auch den Besitz hat, so wenig hat ihn die her. jac., ungeachtet vermöge eines singulären Rechts die einmal vom Erblasser angefangene Usucapion fortläuft — eine Ausnahme, die wir sogleich näher betrachten wollen.

Die hereditas jacens ist also unfähig zu besitzen, nicht etwa weil ihr die physische Existenz fehlt — denn, wenn das der Grund wäre, so könnte sie durch Stellvertreter besitzen — sondern weil ihr der animus fehlt. Daß sie auch durch Stellvertreter den Besitz nicht fortsetzen kann, ergiebt sich nicht blos aus der oben angeführten l. 1. §. 15. Si is, qui (47. 4.), worin ihr ganz allgemein die Fähigkeit zu besitzen abgesprochen wird, sondern aus manchen anderen Gründen, die ich hier um so weniger wiederholen will, als schwerlich Jemand heut zu Tage die entgegengesetzte Behauptung wagen wird [1].

Nur zwei Punkte verdienen hier noch eine Hervorhebung, nämlich jene bereits erwähnte anomale Zulassung der Usucapion und der Pekulienbesitz.

Was nun jene Anomalie anbetrifft [2], so ist so viel ganz unbestritten, daß die Usucapion während der her. jac. fortläuft, sobald nur Niemand inzwischen sich den Besitz der zu usucapirenden Sachen angeeignet hat [3]. Allein bestritten ist

---

1) Außer Herrn A. Denzinger a. a. O. Eine ausführlichere Erörterung dieses Punktes s. in meiner angeführten Dissertation S. 37—40.

2) Nach Justinians Nachricht in §. 12. I. de usuc. (2. 6.), die uns auch Theophilus ibid. bestätigt, soll diese Anomalie ursprünglich nur bei der longi temp. praescr. gegolten haben und erst von ihm auf die usucapio ausgedehnt sein — eine Nachricht, die man sehr unglaublich fand und deswegen durch die willkührlichsten Mittel zu beschränken oder aus dem Wege zu räumen suchte. S. z. B. Unterholzner, Ausführl. Lehre der Verjährung B. 1. S. 466, 467.

3) S. Unterholzner a. a. O. l. 31. §. 5. de usurp. (41. 3.) Vacuum tempus, quod ante aditam hereditatem vel post aditam intercessit, ad usucapionem heredi procedit. L. 20. ibid.: Possessio testatoris ita heredi procedit, si medio tempore a nullo possessa sit.

es, ob die Usucapion auch während dieser Zeit vollendet werden kann, oder ob zu dem Zwecke nöthig ist, daß sich der Erbe in Besitz gesetzt habe, natürlich unter der Voraussetzung, daß inzwischen Niemand ihm darin zuvorgekommen ist. Es scheinen sich nämlich über jene Frage zwei Stellen zu widersprechen, die l. 6. §. 2. pro emtore (41. 4.) Pompon. lib. 32. ad Sabinum:

> Post mortem ejus, qui hominem emerit, expleto tempore, quod defuisset ad usucapionem, quamvis eum hominem heres possidere non coepisset, fiet tamen ejus, sed ita hoc, si nemo eum possedisset.

und die l. 13. §. 4. de acq. poss. (41. 2.) Ulpian. lib. 72. ad Edictum: Quaesitum est, si heres prius non possederat, an testatoris possessio ei accedat. Et quidem in emptoribus possessio interrumpitur, sed non idem in heredibus plerique probant: quoniam plenius est jus successionis, quam emtionis, sed subtilius est, quod in emptorem, et in heredem id quoque probari.

Da man den Widerspruch nicht zu beseitigen wußte [1]), so wurde bald der einen, bald der andern Stelle der Vorzug gegeben. So will z. B. Unterholzner [2]) die Meinung des Ulpian als des späteren Juristen, Göschen [3]) die des Pomponius befolgt wissen. Unterholzner glaubt zwar aus einigen andern Stellen beweisen zu können, daß auch andere Juristen der Ansicht des Ulpian gewesen seien, nämlich Julianus nach l. 7. pr. pro emt. (41. 4.), Paulus nach l. 30. pr. ex quib. caus. maj. (4. 6.), Neratius nach l. 40. de usurp. (41. 3.), allein keine von diesen Stellen sagt nur im entferntesten, was Unterholzner darin finden will, im Gegentheil heißt es in der

---

1) Die richtige Lösung desselben findet sich bei v. Vangerow Leitfaden für Pandecten-Vorlesungen B. 1. §. 322. Anm. 2., der sie bereits gegeben hatte, als ich sie, ohne dies zu wissen, in der angeführten Dissertation versuchte.

2) A. a. O. S. 473.

3) Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. B. 2. Abth. 1. S. 138.

zweiten: possessio plerumque nondum hereditate adita completur und in der dritten: coeptam usucapionem a defuncto posse et ante aditam hereditatem impleri constitutum est. Die Ansicht des Ulpian vorzuziehen, ist gar kein Grund vorhanden; denn nicht blos Pomponius ist entgegengesetzter Meinung, sondern, wie aus den angeführten Worten hervorgeht, auch Neratius, Paulus und außerdem Papinian [1]), und sie äußern dieselbe in Ausdrücken, die deutlich zeigen, daß ihre Ansicht praktisch ganz fest stand [2]). Göschen a. a. O. will darum letztere Ansicht als die geltende betrachten und meint, „was Ulpian dagegen sage, sei weiter nichts als die Aeußerung eines Zweifels gegen die theoretische Richtigkeit der herrschenden Ansicht, ohne daß der practischen Geltung derselben dadurch Eintrag geschähe." Allein diese bequeme Unterscheidung läßt sich auch mit gar nichts in der Stelle selbst unterstützen. Wo sagt denn Ulpian, daß er seine Ansicht nicht für praktisch anwendbar halte? Wie konnten ferner seine Gegner ihre Ansicht blos auf den Grund stützen: „quoniam plenius sit jus successionis, quam emtionis", anstatt daß sie sich nur auf die Praxis hätten zu berufen brauchen? Wie konnte Ulpian ferner diese Meinung als eine noch zu entscheidende Controverse bezeichnen („quaesitum est"), da die Praxis längst alles entschieden hatte, und von theoretischer Richtigkeit derselben gar nicht die Rede sein konnte, da ja auch die übrigen Juristen hervorheben, daß sie jure singulari recipirt sei. —

---

1) L. 44. §. 3. de usurp. (41. 3.) Nondum aditae hereditatis tempus usucapioni datum est, sive servus hereditarius aliquid comparat, sive defunctus usucapere coeperat, sed haec jure singulari recepta sunt.

2) Papinian in der vorigen Note: „recepta sunt", Neratius: „constitutum est." Letzterer Ausdruck geht nicht immer auf eine kaiserliche Verfügung, sondern bezeichnet auch wohl das receptum esse, wie dies ja unser Fall deutlich zeigt. S. Brissonius de V. S. unter constitutio §. 2. und Dirksen, Beiträge zur Kunde des römischen Rechts S. 177 Note 41.

Wenn also Ulpian nach Göschens Ansicht nicht die praktische Gültigkeit, sondern die theoretische Richtigkeit jener Ansicht bestreiten wollte, so stimmten darin ja die übrigen Juristen mit ihm überein, indem sie einräumten, daß dieselbe im Widerspruch stehe mit allgemeinen Rechtsregeln. Kurz, die Frage, über welche Ulpian in der l. 13. cit. spricht, kann nicht die sein, mit der wir es hier zu thun haben, und dies wollen wir jetzt zunächst nachweisen. Jene Stelle ist aus Ulpians lib. 72. ad Edictum genommen, in welchem Buche Ulpian von interdictum utrubi [1]) und dabei von der accessio possessionis handelte, welche bei diesem Interdicte Statt findet [2]). Aus dem ganzen Inhalt der Stelle geht aufs deutlichste hervor, daß Ulpian besonders von der accessio possessionis sprach, welche bei diesem Interdict in Betracht kam, z. B. aus §. 1. „denique addimus in accessione de vi et clam et precario venditoris", aus dem Umstande, daß blos bewegliche Sachen erwähnt werden, auf die sich das Interdict ja allein bezog (pr. lapides, §. 2. homo, §. 7. res precario data, §. 8. res peculiaris). Allein es läßt sich auch zeigen, daß Ulpian blos von dieser Art der accessio sprach. Man lese nur einmal das princ., den §. 1, 5 u. 9. der Stelle. Sie sind ganz unverständlich, sobald man sie auf die Usucapion bezieht, vor allen der §. 5.: Non autem ea tantum possessio testatoris heredi procedit, quae morti fuit injuncta, verum ea quoque, quae unquam testatoris fuerit. Denn wenn der Erblasser bereits bei seinem Leben den Besitz verloren hatte, so ist ja damit die Usucapion unterbrochen, an eine accessio possessionis also zum Zweck der Usucapion gar nicht mehr zu denken; dieser §. kann sich also nur auf das interd. utrubi beziehen. Dasselbe ist nun der Fall mit dem §. 4. derselben

---

1) Hommel, Palingenesia tom 3. p. 354 u. f. Cuperus, Observ. selectae de natura possessionis Par II, VIII. l. unde utrubi (43. 31.), l. 46. de don. int. V. et U. (24. 1.).

2) Darüber s. Gaj. IV. §. 151., l. 14. §. 3. de div. temp. praesc. (44. 3.), l. 11. de A. R. D. (41. 1.).

Stelle[1]. Dies geht zunächst daraus hervor, daß hier die accessio possessionis von dem Besitz des Erben abhängig gemacht wird, während wir doch aus den oben mitgetheilten Stellen aufs unzweifelhafteste erfahren, daß zur Vollendung der Usucapion der Besitz des Erben durchaus nicht erforderlich war; ferner daraus, daß Ulpian beim interd. utrubi blos auf den Besitz des Erblassers Rücksicht nimmt, während bei der Usucapion auch die Zeit der her. jac. in Anrechnung kommt. Auch der Sprachgebrauch scheint in der Regel zwischen der accessio possessionis bei jenem Interdict und bei der Usucapion zu unterscheiden. Für jene Art ist der Ausdruck accessio possessionis stehend, diese hingegen wird gewöhnlich durch tempus accedit[2], procedit[3], prodest[4], adjicitur[5], tempora conjunguntur[6] bezeichnet.

Hiernach kann sich also das in unserer l. 13. aufgestellte Requisit, daß nämlich der Erbe, um die accessio possessionis geltend zu machen, sich in Besitz gesetzt haben müsse, nur auf das interd. utrubi beziehen. Die Usucapion aber kann nach der einstimmigen Ansicht der römischen Juristen auch während der hered. jac. vollendet werden. Diese Verschiedenheit erklärt sich auch sehr leicht. Denn wenn die her. jac. einmal auch ohne Besitz die Usucapion fortsetzen kann, so sieht man nicht, weshalb sie dieselbe nicht auch sollte vollenden können. Man hatte ja gerade bei ihr die Usucapion

1) In der angeführten Preisschrift von A. Denzinger, in der man am ersten eine richtige Erklärung dieser Stelle hätte erwarten sollen, findet man S. 121 die überraschende Behauptung, der §. 4. der angeführten Stelle beziehe sich auf die Regel, daß der Besitz nicht ipso jure auf den Erben übergehe, und S. 124 der wirklich widersinnige Vorschlag, im §. 5. der Stelle numquam statt unquam zu lesen.

2) L. 19. de usurp. (41. 3.)

3) L. 2. §. 20. pro emtore (41. 4.), l. 31. §. 5. de usurp.

4) L. 14. de usurp.

5) L. 11. Cod. de praescr. (7. 33.)

6) §. 13. I. de usuc. (2. 6.)

von dem Besitze unabhängig gemacht. Hingegen beim interdictum utrubi kam es auf wahren Besitz an, und hier konnte man deswegen weder die Zeit der hered. jac. anrechnen [1]), noch auch dem Erben vorher das Interdict und die accessio possessionis verstatten, als bis er selbst, wenn auch noch so kurze Zeit, wirklich in Besitz gewesen war [2]).

Unser Resultat ist also: die Usucapion läuft während der hered. jacens fort und kann während derselben beendet werden, natürlich unter der Voraussetzung, daß kein Dritter sich den Besitz der zu usucapirenden Sache angeeignet hat. Allein findet dasselbe auch nach der Antretung Statt? — eine Frage, die man mir bei ihrem engen Zusammenhange mit unserer eigentlichen Aufgabe wohl verstatten wird hier zu beantworten. Puchta [3]) hat neuerdings behauptet, daß, wenn beim Antritt der Erbschaft die Zeit noch nicht abgelaufen sei, die Besitzergreifung des Erben zur Vollendung der Usucapion gehöre, sofern sich die Sache nicht in der Detention eines Repräsentanten befinde, und beruft sich für seine Ansicht auf l. 30. §. 5. de acq. poss. (41. 2.). In dieser von Paulus herrührenden Stelle heißt es: Quod per colonum possideo, heres meus, nisi ipse nactus possessionem, non poterit possidere; retinere enim animo possumus, apisci non possumus. Sed quod pro emtore possideo, per colonum etiam usucapiet heres meus. Allein liegt

1) Ulpian spricht in der l. 13. cit. nur von der poss. testatoris, und ein so singuläres Recht, wie es bei der Usucapion die Anrechnung der Zeit während der hereditas jacens ist, läßt sich, weil es ein singuläres ist, nicht auf die andere Art der Accession übertragen. Es besteht ja auch nicht darin, daß die possessio fingirt würde, sondern daß, ungeachtet dies nicht der Fall ist, dennoch die Usucapion fortdauert.

2) Gaj. IV. §. 151: Nullam autem propriam possessionem habenti accessio temporis nec dari potest, nam ei, quod nullum est, nihil accedere potest.

3) Pandecten, Ausg. 2. §. 156. Note l.

das in der Stelle, was Puchta darin finden will? So viel ich sehe, spricht die Stelle blos von dem Besitz durch Repräsentanten, und sagt, daß derselbe erst erworben werden müsse, daß dagegen die Usucapion auch ohne Besitz weiter fortlaufe; hingegen ist damit durchaus nicht gesagt, daß letzteres blos in diesem Falle Statt finde, nicht aber auch in dem, wenn der Erblasser selbst die Sache unmittelbar besessen hatte. Und weshalb sollte für letzteren Fall etwas anderes gelten? Die Usucapion ist ja ausnahmsweise bei der hereditas jacens nicht durch den Besitz bedingt, kann vielmehr, wie wir gesehen haben, während dieser Zeit fortlaufen und beendigt werden. Warum sollte nun nach der Antretung zur Vollendung einer während jener Zeit fortgesetzten Usucapion der Besitz erfordert werden? Sollte der Erbe sich sofort in Besitz setzen müssen oder müßte man nicht auf Behinderungen Rücksicht nehmen? Würde man aber nicht wenigstens die Fortsetzung der Usucapion, auch ohne daß er sich in Besitz gesetzt hätte, zulassen können, und wenn letzteres, warum nicht auch die Vollendung der Usucapion, da dieselbe ja in der That nichts mehr enthält und kein anderes Requisit erfordert, als die bloße Fortdauer. In der That muß man also von vornherein jene Ansicht von Puchta mit Mißtrauen betrachten. Die von ihm angeführte Stelle läßt sich aber eher gegen, als für ihn benutzen. Denn was sagt sie? Den Besitz erlange der Erbe zwar nur durch körperliche Besitznahme, allein die Usucapion sei davon nicht abhängig, werde vielmehr vollendet (usucapiet heres), auch wenn der Erbe nie besessen habe. Unsere Stelle sagt dasselbe zwar nur von dem Fall eines durch Repräsentanten ausgeübten Besitzes, allein dasselbe auch von dem Fall, wo der Erblasser selbst körperlich besessen hatte, zu sagen, war gar keine Veranlassung vorhanden. Paulus warf sich die Frage auf, ob in jenem Fall der Erbe sich noch erst den Besitz erwerben müsse oder ob nicht, da ja das obligatorische Verhältniß zwischen dem Erblasser und seinem Reprä-

sentanten auf ihn übergegangen sei, eben damit auch der Besitz übertragen sei. Also um die Frage nach dem Erwerb des Besitzes war es Paulus hier zu thun. Nachdem er dieselbe beantwortet hat, fügt er, wenn wir die Stelle paraphrasiren wollen, noch hinzu: „allein mit dem Besitz muß man nicht die Usucapion verwechseln. Denn das ist das Eigenthümliche beim Erbgange, daß hier eine Wirkung des Besitzes ohne den Besitz selbst fortdauert, deshalb läuft die Usucapion in jenem Falle fort, ungeachtet der Erbe den Besitz der Sache noch nicht erhalten hat.“ Hätte Paulus hier nun etwa von seinem Fall abspringen und auch für den Fall, um den es uns hier zu thun ist, ein gleiches bemerken sollen? Er hätte es thun können, allein darin, daß er es nicht that, liegt durchaus nicht, daß er für diesen Fall anderer Meinung war, gerade weil er keine Veranlassung hatte, auf ihn Rücksicht zu nehmen. Vergleichen wir aber beide Fälle, so sieht man nicht, was der eine vor dem andern voraus hat. Denn die Detention des Pachters soll ja nach Paulus hinsichtlich der Frage nach dem Erwerb des Besitzes durchaus nicht von Einfluß sein, beide Fälle stehen sich also hinsichtlich dieser Frage ganz gleich. Und diese ganz irrelevante Detention soll hinsichtlich der Usucapion eine Verschiedenheit begründen? In der That ist sie aber auch hier ein ganz unwesentliches Moment, denn die bloße Detention hat keine Usucapion zur Folge, und vom Standpunkt der letztern aus müssen wir sagen: gegen die Unterschiede zwischen der Detention und dem Mangel derselben verhält sich die Usucapion ganz indifferent, denn beide sind äqual dem Nicht-Usucapionsbesitz. Wenn also in dem Fall, wo der Erblasser durch einen Repräsentanten besaß, der Erbe usucapirt, ohne sich erst den Besitz verschafft zu haben, so findet dasselbe auch Statt, wo sich die Sache in keines Repräsentanten Detention befindet — denn beide Fälle sind, wie hinsichtlich der dem Erben nöthigen Besitznahme, so auch hinsichtlich der Usucapion darin ganz gleich, daß in beiden

die gewöhnliche Voraussetzung der Usucapion, der Besitz, fehlt, und dennoch letztere eintritt. Soll nun dennoch ein seiner Natur nach völlig irrelevantes Moment, die Detention, in letzterem Fall einen Unterschied begründen, so ist dies eine Singularität, die eben darum erst durch ein Gesetz bewiesen werden muß. Ich kenne aber keine Stelle, auf die man jene Singularität stützen könnte, im Gegentheil sind die oben benutzten Stellen eher dagegen, als dafür. Man nehme z. B. l. 31. §. 5. de usurp. (41. 3.): Vacuum tempus, quod ante aditam hereditatem vel post aditam intercessit, ad usucapionem heredi procedit. Man könnte sagen, nach dieser Stelle sei zwar die Fortdauer der Usucapion, nicht aber deren Beendigung von der Besitznahme für unabhängig erklärt. Allein abgesehen davon, daß eine solche Unterscheidung zwischen Fortdauer und Beendigung der Usucapion ganz unjuristisch wäre, indem die Beendigung ja nur der letzte Punkt der Fortdauer ist und kein neues Moment enthält, — abgesehen davon, daß unsere Quellen diesen willkührlichen Unterschied bereits müßten anerkannt haben, um ihn hier, wo seine Relevanz ja gerade fraglich ist, benutzen zu können — also abgesehen von diesen allgemeinen Gründen, wo findet sich für jenen Unterschied in unserer Stelle auch nur der geringste Anhaltspunkt? Heißt denn: tempus vacuum ad usucapionem procedit, etwa „die Usucapion läuft fort, aber nicht bis zu Ende?“ Und gesetzt den Fall, es ließen sich diese Worte also verstehen, so dürfen wir es doch in unserer Stelle darum nicht, weil mit denselben Worten auch das der hered. jac. zugestandene Privilegium bezeichnet wird (vacuum tempus, quod ante aditam hereditatem . . . . intercessit, heredi procedit ad usucapionem), dieses Privilegium aber bewiesenermaßen darin besteht, daß die Usucapion sowohl fortgesetzt, als beendet werden kann. Wenn nun in jener Stelle der Zustand der Besitzlosigkeit vor und nach Antretung der Erbschaft ganz gleichgestellt wird, so ist damit ja bewiesen,

daß auch nach der Antretung die Usucapion vollendet werden kann, ohne daß es zu dem Zwecke der Besitznahme Seitens des Erben bedürfte. Die Antretung der Erbschaft hat also auf dieses Privilegium keinen Einfluß — ein Resultat, das auch durch eine andere der oben benutzten Stellen, die l. 6. §. 2. pro emt. (41. 4.) bestätigt wird. In dieser Stelle heißt es ganz allgemein, ohne daß zwischen der Zeit vor und nach der Antretung ein Unterschied gemacht würde: wenn nach dem Tode des Erblassers die Usucapionszeit abgelaufen ist, so ist damit der Erbe Eigenthümer geworden, ungeachtet er den Besitz der usucapirten Sache noch nicht erlangt hat. Doch wir wollen unsern Beweis hiermit schließen; nicht wir bedürfen für unsere Meinung der Bestätigung durch äußere Zeugnisse, wohl aber unsere Gegner, denn unsere Ansicht hat die Consequenz für sich, die der Gegner aber gegen sich und muß mithin erst durch eine äußere Autorität bewiesen werden, um uns zum Gegenbeweise zu verpflichten. Ich wende mich jetzt dem zweiten Punkte zu, der uns hier beschäftigen sollte, dem Pekulienbesitze. Da er aber das praktische Interesse verloren hat, so beschränke ich mich auf eine summarische Angabe der Resultate meiner oben angeführten Dissertation.

Die Frage, ob der Pekulienbesitz während der hereditas jacens fortdauern und neu erworben werden könne, war abhängig von der Vorfrage, ob der Eigenthümer eines Sklaven, um ipso jure den Besitz der von letzterm für sein Pekulium erworbenen Sachen zu erlangen, den Sklaven besitzen müsse, oder ob es genüge, wenn nur kein Dritter den Sklaven besitze. Die Ansichten der römischen Juristen waren über diese Frage getheilt. Der strengeren Ansicht, die den Besitz des Sklaven verlangte, waren der jüngere Nerva, Proculus und Modestinus [1]), der entgegengesetzten, die sich

1) L. 21. pr., l. 54. de A. R. D. (41. 1.), l. 1. §. 14. de acq. poss. (41. 2.), l. 8. §. 1. de usurp.

mit dem Eigenthum begnügte, die meisten andern Juristen [1]). Nach letzterer Ansicht, wonach der Pekulienbesitz für den Herrn eine reine causa juris war, mußte man denn auch die Fortdauer des Pekulienbesitzes und die Möglichkeit eines neuen Erwerbes desselben während der hereditas jacens einräumen — und dies ist auch in unsern Quellen geschehen [2]). Nur Papinian wich hierin ab [3]), was um so auffallender ist, da er den Pekulienbesitz nicht von dem Besitz des Sklaven abhängig machte [4]).

---

1) S. die angef. Dissert. S. 36.

2) L. 16. de O. et A. (44. 7.), l. 9. §. 6. de Publ. in rem act. (6. 2.), l. 19. de captiv. (49. 15.)

3) L. 45. §. 1. de usurp. (41. 3.)

4) S. z. B. l. 44. §. 7. de usurp. (41. 3.). Si cum apud hostes dominus aut pater agat, servus aut filius emat, an et tenere incipiat? Siquidem ex causa peculii possedit, usucapionem inchoari. Eine weitere Erörterung s. in der angeführten Dissert. S. 32—37.

Verzeichniß der Druckfehler.

S. 7 Z. 21 v. oben statt leg. §. 4. de usufr. lies l. 9. §. 4. de usufr.
= 9 = 4 v. unten = Habitationem = Habitationum.
= 27 = 2 v. unt. = ex hereditate = non ex hereditate.
= 30 = 1 v. oben = Weit richtiger = Weit wichtiger.
= 35 = 11 v. oben = raptorum legis Aquiliae lies raptorum, legis Aquiliae.
= 39 = 13 — = „verkaufe" lies verkaufe.
= 41 = 1 — = die casus = den casus.
= 73 = 6 — = das wenigstens lies das wenigste.
= 74 = 8 — = Stellen lies Quellen.
= 79 = 5 — = bei einer sehr lies bei einer so sehr.
= 84 = 20 — = das Resultat des bisherigen also lies das Resultat des bisherigen ist also.
= — = 3 v. unt. = er die Klage lies ihm die Klage.
= 90 = 1 — = „immer näher gerückt ward" lies immer näher gerückt ward.
= 94 = 13 v. oben = a domino potest lies a domino petet.
= 96 = 2 — = unt. and. lies und anderen.
= 125 = 10 — = quod qua si = quod quasi.
= 126 = 12 — = usumfructuarium lies usufructuarium.
= 139 = 1 v. unt. = letztere lies letzterer.
= 149 = 3 — = Tinestres lies Finestres.
= 156 = 11 — = ein geordneter Zustand lies ein pendenter Zustand.
= 160 = 1 v. oben = kam lies käme.
= 166 Note Z. 1 Scaevola act. = Scaevola ait.
= 178 Z. 3 v. unt. statt l. 48. §. 1. lies l. 18. §. 1.
= 181 = 7 v. oben = So werden = So würden.
= 189 = 5 v. unt. = war lies von.
= 198 = 4 — = hätte = hatte.
= 201 = 11 — = gefaßten lies aufgefaßten.
= 207 = 10 — = älteren = neueren.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Jhering, Rudolf <<von>>,

Abhandlungen aus dem römischen Recht

Leipzig 1844

J.rom.m. 268 x

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566788-3